

**EL DERECHO AL TERRITORIO DE LAS
COMUNIDADES INDÍGENAS LATINOAMERICANAS
ANTE EL EXTRACTIVISMO**

Máster Ciudadanía y Derechos Humanos: Ética y Política



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Trabajo Final de Máster

Alumna: Juliana Mercuri

Tutor: Héctor Claudio Silveira Gorsky

Barcelona, 6 de Septiembre de 2019

Este trabajo ha sido realizado por Juliana Mercuri

Firma:

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'J' followed by a series of loops and a final flourish.

Siendo su Tutor Héctor Claudio Silveira Gorsky

Firma:

Resumen:

El derecho al territorio de los pueblos indígenas está consolidado en el ordenamiento jurídico de la mayoría de los países latinoamericanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este trabajo tiene como objeto analizar la consolidación del derecho al territorio teniendo en cuenta la implementación y expansión de las actividades extractivistas, que desde el período colonial fueron ampliando sus fronteras productivas y avanzando sobre los territorios indígenas. Es a partir de los años ochenta que los Estados nacionales pasan a garantizar el derecho al territorio en sede constitucional. Sin embargo, en esta misma década los Estados realizan una serie de reformas neoliberales que conllevaron a la profundización del extractivismo, vulnerando el derecho al territorio. De esta manera se generó una contradicción: si por un lado el derecho al territorio es una garantía constitucional, por otro la persistencia del modelo de acumulación extractivista en los países de la región no permite que estos derechos se hagan efectivos. Frente a esta situación los pueblos indígenas llevan el incumplimiento de las obligaciones estatales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos logrando que este derecho fuera consolidado también en el sistema interamericano.

Índice

Introducción.....	6
1. El Territorio De Los Indígenas Y El Constitucionalismo Latinoamericano.....	13
1.2 Segundo Ciclo de Invasión, Constitucionalismo Liberal y Constitucionalismo Integracionista.....	17
1.2.1 Constitucionalismo Liberal Del Siglo XIX.....	17
1.2.2 Constitucionalismo Social Integracionista del Siglo XX.....	20
1.2.3 Desarrollo e Integracionismo	21
1.3 Tercer Ciclo de Invasiones y las Tres Etapas del Constitucionalismo Pluralista	23
1.3.1 Enclaves Extractivos.....	25
1.4 A Contramano: Críticas al Desarrollo, el “Giro Ecoterritorial” y el Convenio OIT 169/89	26
1.4.1 “El Giro Ecoterritorial”	27
1.5 Convenio OIT 169/89 y el Constitucionalismo Pluralista	31
1.5.1 El Constitucionalismo Multiculturalista (1982-1988)	31
1.5.2 Convenio OIT 169/89.....	33
1.5.3 El Constitucionalismo Pluricultural (1989-2005).....	36
1.5.4 El Constitucionalismo Plurinacional (2006-2009)	38
1.6 Reivindicaciones de los Pueblos Indígenas Frente a la Consolidación del Derecho al Territorio	42
2. La Irrupción de la Territorialidad Indígena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	45
2.1 El Litigio Estratégico.....	45
2.2 El Sistema Interamericano	47
2.2.1 Evolución del Sistema Interamericano en Materia de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales	49
2.2.3 Estándares en Evolución	50
2.3 Interpretación Dinámica Orientada a la Multiculturalidad	51

2.3.1 Los Contenidos Multiculturales Inherentes.....	53
2.3.2 Identidad Cultural como Principio Jurídico	53
2.3.3 Los Contenidos Multiculturales Inherentes del Derecho a Propiedad	57
2.3.4 Los Contenidos Multiculturales Inherentes de “la persona”	58
2.3.5 Las Obligaciones Positivas de los Estados.....	60
3. Consideraciones Finales	65
3.1 Neoextractivismo y derechos al territorio.....	65
3.2 Estado plural y derechos al territorio.....	65
3.3 Derechos al territorio: intersección legislación ambiental y derechos fundamentales	66
3.4 Derechos fundamentales, cultura y medioambiente	68
3.5 Derechos territoriales en el sistema interamericano de los derechos humanos	68
Anexo 1.....	70
Resultados de la Aplicación del Método de Interpretación Dinámico Orientado a la Multiculturalidad en la Jurisprudencia de La Corte.	70
Bibliografía.....	74

Introducción

La relación de los pueblos indígenas con sus territorios es hoy un tema central para el Derecho Internacional. Muestra de ello son los instrumentos normativos como el Convenio n°169 de 1989 de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante Convenio OIT169/89), la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (en adelante DDPI), y la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 (en adelante DAPI).

Los órganos del sistema interamericano se preocuparon especialmente por la propiedad comunal de los pueblos indígenas de sus tierras y recursos naturales, reconocida en este ámbito como un derecho en sí mismo, del cual depende la garantía de otros derechos fundamentales. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH):

“la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”¹.

El reconocimiento de la relación especial que mantienen los pueblos indígenas con sus territorios también está recogida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante La Corte), en donde el derecho al territorio ocupa un plano central para que los indígenas disfruten de todos los otros derechos que les corresponden: el derecho a la vida, a la autodeterminación, a la identidad, a la cultura, a la religión y a la no discriminación, entre otros. Así, el juez interamericano entendió que el derecho al territorio corresponde al “derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”².

Para que el derecho al territorio fuera consolidado en el ámbito internacional, la *territorialidad indígena* fue sometida a un proceso de “categorización jurídica”. Este proceso se inició en los años 80, con la promulgación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo n° 169 de 1989 (en adelante Convenio OIT 168/89), cuando los Estados latinoamericanos comenzaron a adaptar sus ordenamientos jurídicos y los pueblos indígenas llevaron sus demandas por territorio a la apreciación de La Corte.

¹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(c).

² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146.

Las cosmovisiones indígenas, de manera general, se caracterizan por basarse en la relación indisoluble entre ser humano, comunidad y naturaleza, *materializada en el territorio*. Dichas cosmovisiones guardan profundas diferencias con la cosmovisión occidental y moderna de la cual se despliega el Derecho Clásico. Mientras que las primeras se basan en el equilibrio de la relación de interdependencia entre todos los entes, la segunda se funda en la autonomía de individuos y establece la separación entre los entes racionales e irracionales de la naturaleza.

El territorio indígena debe ser comprendido como “la manifestación material” de un entramado de relaciones de interdependencia entre humanos y no humanos, entre entes vivos, muertos y divinidades, y no meramente como una porción de tierra que garantiza su subsistencia. Es para dar énfasis en las características de esta relación que nos referiremos aquí a la *territorialidad indígena*.

La territorialidad es un tema abarcado por diversas ciencias humanas, pero aquí, adoptaremos la definición elaborada por Asiera Martens Bringas, ya que emerge de los estudios jurídicos y es adecuada para abordar los temas presentados en este trabajo. Bringas define los contenidos de la territorialidad indígena en tres dimensiones:

“a) una base material de la territorialidad, que constituiría su sustento y arraigo biofísico, en donde quedaría simbólicamente ubicado todo lo que hace referencia a cuestiones de hábitat, recursos naturales, ambiente, biodiversidad, etc., es decir, las entrañas eco-físicas de la territorialidad; b) un espacio socio-cultural, en donde se materializa la influencia histórica de cada pueblo indígena y desde donde se construyen unas especiales relaciones de estos pueblos con la base material de la territorialidad. Desde esta especial relación social y cultural de los pueblos indígenas con sus territorios, se deriva la existencia de conocimientos tradicionales y patrimonios propios; c) un espacio político y geográfico que hace referencia a las posibilidades de control y gestión política del territorio a partir de la utilización de derechos políticos como la autonomía. Es propiamente el ámbito y el nivel de la jurisdicción indígena, en donde se confabulan, como una unidad inescindible, un bucle de derechos indígenas. Entre éstos estarían la territorialidad, la autonomía y la jurisdicción. Solo un territorio autónomamente gestionado y con capacidad jurisdiccional sobre sus recursos biofísicos y sobre sus habitantes, puede dar medida de la territorialidad indígena como una unidad de vida completa.”³

La definición anterior esclarece las dificultades de catalogación jurídica del territorio indígena y los retos para la protección de su integridad territorial. Proteger jurídicamente el territorio indígena significa resguardar simultáneamente las prácticas económicas desarrolladas en el territorio, las condiciones ecológicas en las cuales se desarrolla la vida y la percepción subjetiva y colectiva que tienen del territorio los que lo habitan. Es decir, proteger la integridad

³ Bringas, AM. 2008. Pg. 166

territorial indígena significa proteger simultáneamente la naturaleza física y simbólica del bien referido.⁴

Precisamente, el objeto de este trabajo es analizar la consolidación del derecho al territorio de los pueblos indígenas en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y en el sistema interamericano de derechos humanos. Este análisis es necesario para que, en futuras oportunidades, se pueda reflexionar sobre la capacidad del Derecho Clásico en acoger la diferencia cultural de los pueblos indígenas y sobre los desafíos para la universalización de los derechos humanos.

El proceso de consolidación del derecho al territorio está marcado por dos factores. El primero está relacionado a la histórica resistencia de los pueblos indígenas latinoamericanos a la invasión y destrucción de sus territorios ocasionados por las actividades extractivas incentivadas por los Estados. El segundo es de orden teórica, ya que la consolidación de este derecho en las constituciones nacionales latinoamericanas y en el sistema interamericano conllevó a la apertura del Derecho Clásico hacia las especificidades culturales indígenas, produciendo una serie de revisiones y desplazamientos de categorías jurídicas con el objetivo de contemplar este colectivo.

El primer apartado de este trabajo analiza el proceso de reconocimiento de los territorios indígenas en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. A través de la historia, se verifica que el *extractivismo* - actividad económica que extrae grandes volúmenes de recursos naturales para la exportación – tuvo inicio en el periodo colonial, amplió las fronteras productivas en el periodo republicano y se expandió nuevamente en la etapa del capitalismo neoliberal avanzando gradualmente sobre los territorios indígenas. Desde la perspectiva de los pueblos indígenas, estas tres etapas representaron *tres grandes ciclos de invasión* de sus territorios, consistiendo en una amenaza permanente para su existencia.

Es fundamental considerar la expansión de esta actividad económica en la región, para analizar el proceso de consolidación del derecho al territorio, ya que estos ciclos de invasión se circunscriben a la vigencia de normativas jurídicas y de políticas estatales en las cuales se fundamentaron la posesión y gestión de los territorios indígenas por parte de las empresas y del Estado.

Para analizar los detalles de este largo proceso fueron consultadas fuentes bibliográficas acerca de las características del constitucionalismo latinoamericano, principalmente aquellas que tratan del abordaje hacia los pueblos indígenas. Además, se consultaron trabajos de autores

⁴ Idem

que caracterizaron el proceso de expansión del extractivismo y mostraron las consecuencias económicas, sociales y ambientales del ejercicio de esta actividad.

Desde la implementación de los Estados nacionales hasta principios del siglo XX, prevaleció en los ordenamientos jurídicos de la región el abordaje asimilacionista hacia los pueblos indígenas. Este abordaje fomentaba no solo la “civilización y cristianización” de los pueblos, como así también contribuía para la justificación de la anexión de sus territorios para la explotación de los recursos naturales. Es precisamente en este periodo cuando se inició el *segundo ciclo de invasión* de los territorios indígenas y que las primeras empresas extranjeras se instalaron para explotar los recursos naturales.

La promulgación de la Constitución de Querétaro⁵ en 1917, inaugura una nueva etapa del constitucionalismo latinoamericano: *el constitucionalismo social integracionista*. En síntesis, durante esta etapa se promovió la integración de las personas indígenas a la economía y a los servicios estatales, pero no se les reconoció a los pueblos indígenas el derecho de vivir en sus territorios ancestrales y bajo sus principios cosmovisionales.

Es en los años ochenta cuando hubo un “giro” en el abordaje estatal hacia los pueblos indígenas. Los Estados pasaron a reconocer el carácter multicultural y plural de las naciones, admitiendo la legitimidad de la diferencia cultural. De esta manera, se inauguró una nueva etapa del constitucionalismo latinoamericano, *el constitucionalismo pluralista*, en el cual, la declaración de la pluralidad cultural en sede constitucional provocó el desarrollo de derechos fundamentales que garantizaran el pleno respecto a la diversidad, logrando que el derecho al territorio y fórmulas de pluralismo jurídico se consolidasen en la constituciones de diversos países latinoamericanos.

Este giro se produce a partir de la convergencia de tres procesos: a) en esta década ya son solidas las críticas al *desarrollo*, que planteaban las consecuencias económicas, sociales, ambientales y culturales de perseguir el patrón de vida de las sociedades del Norte; b) los pueblos indígenas se articularon políticamente con los críticos culturales y ambientales del *desarrollo*, para fortalecer su reivindicación histórica de autonomía sobre sus territorios, ganando considerable atención de organizaciones nacionales e internacionales; c) La promulgación del Convenio OIT 169/89, hizo eco a las históricas reivindicaciones indígenas, contemplando el reconocimiento de las diferencias culturales de los pueblos indígenas, el derecho al territorio y su autonomía y control.

⁵ México, 1917

La garantía constitucional de los derechos al territorio no representó una victoria completa para los pueblos indígenas. Una de las razones es que, en virtud de la tradición jurídica mono culturalista y del monismo jurídico, los Estados aún muestran inconsistencias en los mecanismos jurídicos para hacer efectivas las “nuevas” garantías constitucionales. Súmase a esto que, a contra mano del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en la misma década se implementaron políticas impuestas por el Consenso de Washington que determinaron la liberalización de las económicas latinoamericanas y profundizaron el modelo de acumulación extractivista. Las reformas legislativas realizadas por los Estados facilitaron la actuación de las empresas transnacionales en la explotación de los recursos naturales, dando lugar al *tercer ciclo de invasiones* de los territorios indígenas.

De esta manera se produce una contradicción: Si por un lado el derecho al territorio de los pueblos indígenas es un derecho consolidado en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, por el otro, los Estados adoptan una serie de políticas neoliberales que facilitan el ejercicio de las actividades extractivistas, dando lugar a la vulneración de este derecho en vez de hacerlo efectivo.

En su informe temático, *Pueblos indígenas, comunidades afro descendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo* (2016), la CIDH considera que las obligaciones estatales giran en torno a seis ejes: (a) adoptar un marco normativo adecuado y efectivo, (b) prevenir las violaciones de derechos humanos, (c) supervisar y fiscalizar las actividades de extracción, explotación y desarrollo, (d) garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información, (e) prevenir actividades ilegales y toda forma de violencia, y (f) garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y acceso a la reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos cometidas en estos contextos.⁶

Sin embargo, la CIDH afirma⁷ su preocupación por el desconocimiento generalizado sobre los derechos territoriales de los pueblos en todo el continente americano y el incumplimiento de los ordenamientos jurídicos nacionales y los estándares interamericanos que determinan las obligaciones que los Estados tienen, de respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales y sus recursos naturales.

La Comisión, también afirma que diversos derechos humanos son vulnerados en el ejercicio de las actividades extractivistas en territorios de los pueblos indígenas: los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud, a la no discriminación, a la consulta, al consentimiento

⁶ CIDH 2016, pg11

⁷ Organización de los Estados Americanos (OEA), “Anexo al Comunicado de Prensa CIDH culmina el 149 período de sesiones”, comunicado de prensa, 8 de noviembre de 2013 <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/083A.asp>.

y a la identidad cultural, a la información y a la participación, entre otros. Para la CIDH, el ejercicio de tales actividades no es adecuadamente supervisado ni por los Estados receptores, ni por los Estados de origen, que tienen mecanismos ineficaces para prevenir las violaciones de derechos humanos y garantizar el acceso de los pueblos a la justicia. En este contexto, la Comisión destaca con extrema preocupación que representantes de diversos pueblos indígenas denuncian estrategias de persecución, estigmatización y criminalización de líderes indígenas, con el objetivo de silenciar y cohibir la defensa de sus derechos sobre el territorio y los recursos naturales.

Frente a esta situación, los pueblos indígenas comenzaron a presentar en La Corte el incumplimiento de las obligaciones del Estado y de esta manera, el derecho al territorio que originalmente no era contemplado por las normativas del sistema interamericano, se consolidó en la jurisprudencia de dicho tribunal.

El segundo apartado analiza el proceso de consolidación del derecho al territorio en la jurisprudencia de La Corte, centrándose en los aspectos teóricos y presentando los efectos jurídicos de la irrupción de la territorialidad indígena en el sistema interamericano. Para realizar este análisis fueron consultados los tratados internacionales de derechos de los pueblos indígenas, las normativas del sistema interamericano, los informes de la CIDH, la jurisprudencia de La Corte y fuentes bibliográficas que analizan los aspectos teóricos del proceso de consolidación del derecho al territorio.

La apertura del sistema interamericano a las especificidades culturales de los pueblos indígenas produjo efectos en los métodos tradicionales de interpretación jurídica. La Corte Interamericana adoptó *un método dinámico de interpretación multicultural* que dio lugar a la consulta de fuentes de derecho externas al sistema y a la reinterpretación de derechos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos. La aplicación de dicho método resultó en el reconocimiento de *contenidos culturales inherentes*, y de “nuevas obligaciones” para los Estados parte de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA).

Las “innovaciones” mencionadas en el párrafo anterior, se dieron con el objetivo de ampliar la efectividad de los derechos previstos por la Convención Americana que no presenta contenidos culturales, ni tampoco abarca grupos específicos en sus normativas. De esta manera, la emergencia de las demandas de los pueblos indígenas en La Corte puede ser comprendida como fundamental para que el sistema interamericano se abriera a la diferencia cultural.

NOTA: Aquellos que ya poseen alguna familiaridad con la temática notarán que hay una ausencia en este trabajo: los pueblos afro descendientes. Si por su parte las naciones indígenas latinoamericanas asumieron conjuntamente la identidad de “Pueblos indígenas” con objetivos

políticos, no hay consenso en cuanto al uso de la identidad “tribal” de parte de los pueblos afro descendientes. Aun cuando en las normativas internacionales y en algunas constituciones nacionales también se les atribuya el derecho al territorio, se optó por concentrar los esfuerzos en la consolidación de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que la inclusión de los pueblos afro descendientes requeriría discutir su definición como tribales, lo que superaría los límites de este trabajo.

1. El Territorio De Los Indígenas Y El Constitucionalismo Latinoamericano

Este apartado tratará de explicar la relación entre el extractivismo, territorialidad indígena y los avances en el reconocimiento de las diferencias culturales y del derecho al territorio en sede constitucional.

Actualmente se observa una profunda contradicción: si por un lado hubo avances consistentes en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en normativas nacionales e internacionales, por otro lado, se verifica la intensificación del despojo y destrucción de sus territorios causada por la profundización del extractivismo como principal actividad de las economías primario-exportadoras latinoamericanas.

Esta opción política y productiva es constantemente justificada por los gobiernos de los Estados por su capacidad de generar recursos que permiten el desarrollo de los países. Sin embargo, tal estrategia para alcanzar el *desarrollo* representa una constante amenaza para los pueblos indígenas ya que las áreas en donde se realizan actividades extractivas coinciden muchas veces con sus territorios. Para comprender la conformación del actual contexto, se hace necesario retomar algunos de los procesos históricos, políticos, económicos e institucionales de los Estados nacionales latinoamericanos.

Para ello se retomarán algunos aspectos del ordenamiento jurídico de la colonia y de las etapas del constitucionalismo latinoamericano que incidieron en la evolución de los derechos indígenas sobre sus territorios. Se tratará de destacar características generales del contexto político y económico en que se dieron los *ciclos constitucionales*⁸, poniendo en evidencia principalmente la articulación de la resistencia indígena al extractivismo.

El extractivismo es una constante en la vida económica, social y política de los países latinoamericanos. Tal actividad económica tuvo inicio en el período colonial, cuando se asignaron roles productivos a los territorios “conquistados”, lo que reorganizó la economía mundial haciendo que algunas regiones se especializasen en la extracción y producción de materias-primas, mientras que otras en la producción de manufacturas. Así se conformó una *división internacional del trabajo* que, como afirma Mirian Lang, se divide entre “territorios que exportan Naturaleza y países que la importan”.

Esta autora define al extractivismo como “las actividades que remueven grandes volúmenes de recursos naturales no procesados (o parcialmente procesados) que se destinan a la

⁸ Yrigoyen Fajardo, R. 2016

exportación”. Esta definición no se limita a las actividades mineras y petroleras, sino que también incluye al extractivismo agrario, pecuario, forestal y pesquero, ya que estas también son actividades que exigen un gran volumen de recursos naturales para producir. En lo que se refiere a los “recursos renovables”, como la madera y la fertilidad del suelo, estos también se incluyen en el extractivismo ya que la tasa de extracción es mucho más alta que sus límites ecológicos de renovación, lo que provoca que pierdan su capacidad de renovarse.⁹

Desde que tuvo inicio, la explotación de materias primas era destinada al desarrollo industrial de los países europeos, sin considerar la sustentabilidad de esta actividad. Como veremos más adelante, una de las características del extractivismo es el establecimiento de *enclaves*, que son porciones del territorio gestionados por aquellos que explotan recursos naturales para enviarlos al mercado internacional y que históricamente quedan al margen de la regulación del Estado. Desde tiempos pretéritos esta actividad económica tuvo impacto directo en los territorios de los pueblos indígenas.

Para comprender este proceso histórico tomaremos la periodización realizada por Raquel Yrigoyen Fajardo, que consideró que los territorios indígenas sufrieron *tres ciclos de invasión*, el primero durante el período colonial, el segundo durante la formación de las repúblicas y el tercero en la actual etapa neoliberal. La intención de presentar las periodizaciones de Yrigoyen Fajardo, tanto en lo que se refiere a las etapas del constitucionalismo como para describir los *ciclos de invasión* tiene como objetivo evidenciar el vínculo histórico entre el extractivismo, la invasión de los territorios indígenas y la evolución de sus derechos.

Antes de la colonización existían civilizaciones de muchos pueblos en varias regiones de Latinoamérica y se estima que en la América precolombina era habitada por más de 100 millones de personas, lo que demuestra que, de manera general, los pueblos alcanzaron un alto grado de satisfacción de sus necesidades¹⁰. En el caso de los pueblos andinos, como los Incas por ejemplo, su civilización fue posible porque lograron satisfacer sus necesidades alimentarias a través de la aplicación de técnicas agrícolas y de irrigación. A los pueblos amazónicos que no construyeron civilizaciones, el conocimiento ancestral del hábitat les permitió desarrollar sus formas de vida, en muchos casos semi-nómades. Como veremos en el próximo apartado, las cosmovisiones de los pueblos indígenas se orientan por una profunda conexión con la Naturaleza y el manejo del territorio suple necesidades materiales y simbólicas teniendo como base la interdependencia de todos los entes de la Naturaleza.

⁹ Lang, M. 2015

¹⁰ Estimativa defendida por la “corriente alcista”, que tiene como sus principales representantes Woodrow Borah (1964) y Henry Dobbyn (1966).

Con la llegada de los europeos a América en el s. XVI, se inicia un primer ciclo de invasión de los territorios de los pueblos originarios por *terceros*, ya que los pueblos frecuentemente disputaban territorios entre ellos. Los colonizadores tenían como objetivo obtener, principalmente minerales de alto valor en el mercado internacional y, para alcanzar buenos resultados en su inversión transatlántica, implementaron mecanismos de apropiación de la tierra y explotación de la mano de obra. En cuanto a la mano de obra, los diversos pueblos de América fueron llamados genéricamente de “indios” y considerados una “raza inferior”, lo que justificó su esclavización desde la llegada de Colón.

En lo que se refiere al despojo de los territorios, cabe destacar el uso de la doctrina del *terra nullius* circumscripita al incipiente Derecho Internacional Moderno que legitimaba la posesión de tierras indígenas. Esta doctrina sostenía que las tierras estaban legalmente desocupadas hasta la llegada de una potencia colonial, pudiendo así, convertirse en propiedad de aquellos que la colonizaron y confiriéndoles poderes jurisdiccionales sobre los territorios. Tal doctrina perduró durante los siglos XVII, XVIII y XIX, otorgando a los Estados que llegaban a “tierras desconocidas” un título imperfecto que se perfeccionaba en la medida en que estos las ocupasen efectivamente dentro de un plazo razonable.¹¹

Frente a la innegable presencia y resistencia de los habitantes de las tierras, se argumentaba que la legitimidad de la posesión residía precisamente en el hecho de que esta se daba por parte de *Estados* civilizados, no comunidades “tribales bárbaras”¹². Posteriormente, ya en el período republicano el mismo argumento fue utilizado en la legislación interna de derecho privado de los Estados para justificar la desposesión de tierras indígenas, que no hacían “uso racional” de territorio, y titularlas en nombre de los colonos europeos que llegaban.

En el caso de la América española, la resistencia de los pueblos indígenas a la colonización generó intensos conflictos que impedían el establecimiento pleno de las actividades extractivas. Tales resistencias a la invasión se debían también a los abusos de los colonizadores, haciendo con que su comportamiento pasara a ser preocupación de la Corona. Esta última intervino en la situación, consolidando límites que quedaron plasmados en la Ley de Indias (1542), elaborada en las Cortes de Salamanca. En este contexto se destaca la influencia de figuras como la del jurista Francisco de Vitoria y del obispo Bartolomé de las Casas quienes lograron que los indígenas fueran reconocidos como “seres humanos libres” y que se suspendiera la transmisión hereditaria de las tierras que les fueron tomadas. Tales leyes no

¹¹ Daes, E. 2011

¹² Campillo, A. 2015

llegaron a ser plenamente cumplidas por los colonizadores y terminaron siendo progresivamente derrocadas.¹³

Para Yrigoyen Fajardo, estos personajes introdujeron preocupaciones por las condiciones en las cuales se encontraban los indígenas en las colonias y tuvieron éxito principalmente porque sus proposiciones convergían con intereses económicos de la Corona¹⁴. Los esclavos no pagaban tributos y al reconocer a los indígenas como “vasallos libres” y permitirles vivir en tierras reservadas para ellos, permitía que se aumentara la recaudación. De esta manera se estableció que el trabajo indígena en las minas era obligatorio pero remunerado, para que pudiesen ser tributados. Se establecieron así los primeros “pactos fiscales” entre la Corona y “la republica de indios”, que estipulaban las normas para el territorio, el trabajo y la tributación.

Los colonizadores discordaban con este tipo de “pacto” porque los obligaba a pagar por el trabajo indígena, además de pagar también impuestos a la Corona. La disconformidad fue tanta que los colonizadores llegaron a asesinar al primer virrey enviado por la Corona, que a su vez, respondió violentamente para hacer valer “los pactos” y estabilizar la gestión del extractivismo colonial. Por su parte, los indígenas respetaron los “pactos fiscales” siempre y cuando la Corona les otorgase títulos de las tierras a los “pueblos de indios”, reconociendo también los fueros y autoridades indígenas.

En lo que se refiere a los pueblos que se organizaban de manera descentralizada como los Mapuches (Chile y Argentina), los colonizadores españoles no pudieron vencerlos militarmente y se vieron obligados a firmar tratados y acuerdos sobre límites territoriales, conocidos como “parlamentos generales”. A pesar de los “pactos fiscales” y de los “parlamentos generales”, el periodo colonial quedó marcado por levantamientos y motines indígenas, especialmente cuando la Corona pretendía subir los tributos y cuando los colonizadores no respetaban los límites territoriales.

La Corona también envió misiones evangelizadoras a la región amazónica y de los bosques húmedos de Sudamérica, y a pesar de no realizaren actividades extractivas, contribuyeron para la expansión del control de la Corona sobre el territorio y sus habitantes. Fue muy común la disputa entre colonizadores y misioneros ya que estos dos grupos tenían proyectos de ocupación muy diferentes, siendo que los primeros buscaban la extracción de los recursos naturales y los segundos expandir la cristianización a los nuevos territorios. En todo caso, independientemente del agente de colonización, el territorio colonizado era de jurisdicción de la Corona y sus leyes eran las que deberían prevalecer.

¹³ Yrigoyen Fajardo, R. 2016; Campillo, A. 2015

¹⁴ Yrigoyen Fajardo, R. 2016

En el período colonial, se inicia una larga tradición de sumisión y tutela de los indígenas, ya que su reconocimiento como “vasallos libres” los sometía a la Corona y la mentalidad racista de la época que los consideraba *bárbaros* y *salvajes* justificaba tanto su tutela como la tutela de sus territorios. Sin embargo, la vigencia de los acuerdos entre la Corona y los pueblos indígenas representó una considerable estabilización de las relaciones políticas en territorio americano.

1.2 Segundo Ciclo de Invasión, Constitucionalismo Liberal y Constitucionalismo Integracionista

1.2.1 Constitucionalismo Liberal Del Siglo XIX

En el siglo XIX, con la independencia política de las colonias y la conformación de los Estados latinoamericanos se inauguró un nuevo período de invasión de los territorios de los pueblos indígenas. Bajo la fuerte influencia del pensamiento liberal, los *criollos* reorientaron la política y la economía en territorio americano, pero el abordaje hacia los pueblos indígenas no cambió, y en los primeros textos constitucionales de la región prevaleció la idea de “*inferioridad de los indios*” que los mantenía en condición sometida y tutelada. De hecho, en este período gana fuerza el *asimilacionismo*, en el cual se pregonaba “la conversión” de los indígenas a los valores modernos occidentales como condición para que estos hicieran parte de los proyectos nacionales.

Para sintetizar la cuestión indígena en contexto de surgimiento de las repúblicas latinoamericanas, cabe recordar la afirmación del historiador José Carlos Mariátegui que aunque se refiera a Perú, su reflexión es aplicable a todas las repúblicas la región:

“la actual sociedad peruana tiene el pecado original de la conquista. El pecado de haber nacido y haberse formado sin el indio y contra el indio”¹⁵

La afirmación de Mariátegui alude al hecho de que el proyecto de nación importado por las élites *criollas* excluyó a los pueblos indígenas y afro descendientes de las nacientes comunidades nacionales. Estos representaban la parcela “menos civilizada” de las nuevas repúblicas y eran considerados un obstáculo para la implementación de un Estado-Nación moderno. Tanto las políticas de exclusión deliberada como las de cristianización y *blanqueamiento*¹⁶ de la población dejaron profundas huellas en las relaciones de poder socioeconómicas de los Estados de la región hasta el día de hoy.

¹⁵ Mariátegui, JC. 1986, pg 83

¹⁶ El blanqueamiento se refiere a las políticas de los Estados para atraer la mano de europea. Para diversos autores, tales políticas estuvieron orientadas por principio racistas y tuvieron como objetivo tornar la población “más clara”, vinculando la “raza” y la etnia blanca a la condición de civilización. En este sentido, además de promover la entradas de los inmigrantes blancos, cristianos y

Estos nuevos Estados, a semejanza de otros Estados modernos occidentales liberales, se fundaban bajo el mandato de monoculturalidad del Estado-nación y de la ciudadanía censitaria. En lo que se refiere a la monoculturalidad, eso quiere decir que la organización social y la normatización de los Estados reflejaban los valores culturales de los *criollos* - valores modernos y occidentales. En este sentido, las primeras constituciones ignoran las diferencias culturales y los modos de vida indígenas, instalando el monismo jurídico. Ya libres de las reglas de la metrópolis, los criollos se deshacían de los pactos que los pueblos indígenas habían hecho con las Coronas, que a pesar de someterlos, reconocía relativamente sus fueros, autoridades y territorios. En referencia a la ciudadanía, a semejanza de lo que pasó en otros países, esta era concedida a los hombres blancos propietarios de tierras y empresas de las comunidades nacionales excluyendo a los indígenas de una posible ciudadanía.

Yrigoyen Fajardo destaca que la sujeción de los indígenas en las nacientes repúblicas latinoamericanas se daba a partir de la aplicación de tres técnicas constitucionales: a) asimilar o convertir a “los indios” en ciudadanos portadores de derechos individuales; b) reducir, civilizar y cristianizar indígenas - caracterizados en los ordenamientos jurídicos como *salvajes* -que aún no habían sido colonizados; c) hacer guerra ofensiva y defensiva a las *naciones indias* - caracterizadas en las constituciones como *bárbaros*.¹⁷

La aplicación de tales técnicas constitucionales varió de acuerdo con las características de la presencia indígena en el territorio de cada país, pero de manera general, la consolidación de los Estados Nacionales inauguró un *segundo ciclo de invasiones* de los territorios indígenas.

En cuanto a los impactos de la aplicación de la primera técnica, se puede afirmar que desplazar la noción de colectividad de la de individualidad, contribuía para la disolución de la colectividad de las tierras, creando conflictos en las comunidades que afectaban en su organización para resistir a las nuevas normativas y provocando la desarticulación de posibles levantamientos.

Bolívar, al llegar a Perú, tomo como primeras medidas la abolición del reconocimiento de los fueros de los *pueblos de indios* y la parcelación de las tierras colectivas¹⁸. La Constitución de Argentina de 1853, por ejemplo, excluía la organización política y la forma de propiedad comunal, ocultando así la presencia indígena en el territorio, pero, contradictoriamente, formalizaba la conversión religiosa de los indígenas en su texto, revelando su presencia.

europeos para sustituir la mano de obra esclava, estas políticas también visaron cambiar el status civilizatorio de las repúblicas Segato, R. 2010; Bolívar Echeverría, 2009

¹⁷ Yrigoyen Fajardo, R. 2016 pg170

¹⁸ Cusco y Trujillo, 1824 In: Fajardo Yrigoyen, R. 2016

Contenidos similares estuvieron presentes en el Acta Constitucional de Nueva Granada de 1811 y en la Constitución de Perú de 1823.¹⁹

Las políticas de parcelación de las tierras colectivas promovidas por Bolívar así como por otros *caudillos* liberales-republicanos y defendidas como una oportunidad para que los indígenas accedieran a la condición de propietarios y ciudadanos, consistieron en la práctica en una política para expandir las haciendas y la servidumbre indígena. Cabe destacar que, de esta manera, en pleno s. XIX los *criollos* lograron apropiarse de las “tierras de los pueblos de indios” y utilizar el trabajo indígena sin pago, diferenciándose de los colonizadores que no lo habían logrado en el período colonial.²⁰

Sobre la segunda técnica, que promovía la civilización y la cristianización de los indígenas, esta funcionó como justificación para expandir el control de los territorios y las fronteras productivas de las nuevas repúblicas. Así, los territorios lejanos ocupados por los pueblos fueron alcanzados por las misiones cristianas y también ocupados por colonos nacionales y extranjeros, ampliando la frontera agrícola y fortaleciendo la presencia en las áreas de frontera internacional. En toda la región hay registros de que los colonos, además de despojar a los indígenas de sus territorios incentivados por el Estado, frecuentemente los esclavizaban. Para huir de la esclavitud, las comunidades indígenas huyeron selva adentro conformando lo que hoy se llama de “pueblos en aislamiento”.²¹

Por último, la aplicación de la tercera técnica, permitió la anexión de territorios indígenas anteriormente reconocidos por la Corona a los Estados. Al deshacerse de los pactos establecidos con las llamadas “naciones indias”, las nuevas repúblicas declararon guerra a los pueblos indígenas, no solo para reducirlos, sino también con el objetivo principal de anexar sus territorios a los Estados. Los ejemplos más emblemáticos de este tipo de “política” fueron la “pacificación de la Araucanía”, en Chile y la “Conquista del Desierto”, en Argentina.²²

Otro aspecto de la etapa de formación y consolidación de los Estados latinoamericanos, fue la apertura de los mercados y el ingreso de nuevos agentes económicos a los territorios nacionales. Incentivadas por los Estados, las empresas, principalmente de Inglaterra y Estados Unidos, fueron responsables por establecer de manera más sistemática los *enclaves* para la extracción de minerales y posteriormente de petróleo y otros recursos naturales. Los desarrollos técnicos y normativos de las actividades extractivistas en esta época, también fueron factores que intensificaron la invasión de los territorios indígenas.

¹⁹ Murúa, F. 2016

²⁰ Yrigoyen Fajardo, R. 2016. pg. 172

²¹ Idem

²² Yrigoyen Fajardo, R. 2016; Murúa, F. 2016

1.2.2 Constitucionalismo Social Integracionista del Siglo XX

El *constitucionalismo social integracionista* se inauguró con la Constitución de México de 1917 y en su proceso de consolidación cuestionó aspectos del constitucionalismo *asimilacionista* e individualistas del siglo anterior. A partir de esta perspectiva se reconocieron sujetos colectivos, derechos sociales y se ampliaron las bases de la ciudadanía, lo que conllevó al reconocimiento de las comunidades indígenas y derechos colectivos a la tierra.

Cabe destacar que las rebeliones indígenas contribuyeron para estos procesos políticos aunque estos levantamientos hayan quedado marcados por una identidad más campesina que indígena²³. La reforma agraria promovida por la Revolución Mexicana de 1910, por ejemplo, defendía la redistribución de tierras a sujetos colectivos, reflejando valores de comunidades indígenas y su participación en procesos políticos que culminaron en las nuevas Constituciones.

Mariátegui señala que en la década del veinte se organizaron los primeros congresos indígenas que llevaron las reivindicaciones nacionales a niveles regionales, constituyendo “un auténtico movimiento indígena”.²⁴ La expresión máxima de la organización indígena en esta época fue su presencia en la Conferencia de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial en 1919. Esta fue la primera vez que una delegación de indígenas presentó sus demandas por el reconocimiento y la libre determinación.²⁵

Murúa destaca que siete años después del inicio de la Revolución, la Constitución Mexicana de 1917 reconoció *derechos territoriales* y que esta tendencia se reflejó en otras cartas constitucionales en la región. En su Artículo 21, dicha Constitución establecía que:

“los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el Estado comunal tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituido o restituyeren”.²⁶

Esta tendencia también se hizo presente en la Constitución Peruana de 1923 que reconoció la existencia legal y personería jurídica a *comunidades indígenas* en las secciones dedicadas a la reforma agraria. En dichas secciones se verificaba la determinación de “la integridad, imprescriptibilidad e inalienabilidad de la propiedad de las comunidades indígenas (Artículos 207, 208 y 209). La Reforma Agraria en Perú finalizó la servidumbre en el campo y expropió las tierras de aquellos que usaban la fuerza del trabajo esclavo, reasignándolas a las

²³ Yrigoyen Fajardo, 2016

²⁴ Mariátegui, J.C., 1928 In: Murúa 2016

²⁵ Peter García, S. 2016

²⁶ México, 1917

comunidades de indígenas que tuvieron su “nombre cambiado a “comunidades campesinas” por decreto (DL 17716).²⁷

En el marco de las reformas, estos Estados nacionalizaron la explotación de los recursos naturales, dificultando su acceso por parte de empresas extranjeras, lo que se reprodujo también en otros países de la región.²⁸ Esta iniciativa, sin embargo, no puso en cuestión el modelo primario exportador y en muchos países se crearon empresas estatales que se hacían cargo de estas actividades. Lo que se quiere destacar aquí es que a pesar de se hayan introducido en algunas cartas constitucionales formas de propiedad colectivas del manejo de tierra que correspondían a los pueblos indígenas y se haya avanzado en el reconocimiento de los derechos de estos a sus territorios, el extractivismo permaneció vigente dando manutención al segundo ciclo de invasiones de las tierras de los pueblos indígenas.

Otras constituciones como la anterior Carta de Perú de 1920²⁹ y de Ecuador de 1929³⁰ se limitaron a extender “beneficios sociales” a las personas indígenas y apenas en algunas Cartas se reconocieron sus “usos y costumbres”, como fue el caso de la Constitución de Guatemala de 1945. Asimismo, aún persistieron algunos rasgos *asimilacionistas* del constitucionalismo liberal del ciclo anterior, como por ejemplo en la Constitución de Venezuela de 1924 que en su Artículo 80 determinaba que:

“(…) el Gobierno podrá contratar la venida de misioneros que se establecerá precisamente en los puntos de ‘la República’ donde hay indígenas que civilizar”. (Venezuela, 1924)

De Manera general, esta etapa del constitucionalismo quedó marcada por el *integracionismo*, que, como el propio nombre indica, pretendía integrar a los indígenas al Estado y a la economía sin romper la identidad Estado-nación, ni mucho menos el monismo jurídico. En este marco, prevaleció la situación de tutela de los indígenas y el Estado, que había extendido a ellos derechos sociales y determinaba cómo deberían desarrollarse en consonancia con el resto de la sociedad.

1.2.3 Desarrollo e Integracionismo

Para comprender el contexto en que se fueron desarrollando las tendencias de reconocimiento de las diferencias culturales y del derecho al territorio en etapas posteriores del constitucionalismo latinoamericano, se hace necesario introducir el concepto de *desarrollo*, que orientó las políticas sociales, económicas e institucionales a partir de la década del 50. El

²⁷ Yrigoyen Fajardo, R. 2016

²⁸ Murúa, F. 2016; Yrigoyen Fajardo, R. 2016)

²⁹ Perú, 1920. Artículo 58,

³⁰ Ecuador, 1929, Artículo 167

desarrollo es un *imperativo global* que diversos autores³¹ consideran que tuvo inicio a partir del discurso de posesión del Presidente Truman, en 1949. En el punto IV de su discurso afirmó:

“Debemos embarcar en un nuevo programa que disponibilice los beneficios de nuestros avances científicos y nuestro progreso industrial para mejorar el crecimiento de las regiones *subdesarrolladas*. Más de la mitad de la población mundial está viviendo en condiciones que se aproximan de la miseria. Su alimentación es inadecuada. Son víctimas de enfermedades. Su vida económica es primitiva y estancada. Su pobreza es un lastre y una amenaza, tanto para ellos mismos cuanto para las regiones más prosperas. Por la primera vez en la historia, la humanidad posee conocimientos y habilidades para aliviar el sufrimiento de estas personas”.³²

La idea de desarrollo que permeaba el discurso de Truman aludía al alto nivel de industrialización, urbanificación, tecnificación de la agricultura, crecimiento de producción material asociados a “niveles de vida” y educación que reflejaban valores “modernos”. En su discurso queda evidente el “potente mandato ideológico” que se expresa en las siguientes palabras:

“Nuestro propósito tendría de ser el de ayudar los pueblos libres del mundo para que, a través de su propio esfuerzo, produzcan más alimentos, más vestimentas, mas materiales para sus casas y más potencia mecánica para aliviar sus cargas. (...) Tiene que ser un esfuerzo global para obtener paz, plenitud y libertad. Con la cooperación de las empresas, del capital privado, de la agricultura y de la mano de obra de este país, este programa puede aumentar la actividad industrial en otras naciones y mejorar substancialmente sus padrones de vida (...) El viejo imperialismo - explotación para beneficio extranjero – no tiene lugar en nuestros planes. Lo que vislumbramos es un programa de desarrollo basado en los conceptos de una relación limpia y de democracia”.³³

Según Acosta, la metáfora del desarrollo se transformó en una meta a ser alcanzada por toda la Humanidad convirtiéndose en una exigencia que difundía el modelo de sociedad moderna occidental³⁴. En los años 50 y 60, el concepto de desarrollo estaba asociado a la teoría de la modernización, emergida de la teoría liberal y la preocupación era crear maneras de desarrollar la sociedad a través de la combinación de capital y tecnología y de acciones estatales de política económica y social. A partir de esta perspectiva, el desarrollo sería alcanzado en los países que siguiesen las orientaciones de instituciones financieras y adoptasen modelos institucionales y conocimientos de Europa y Estados Unidos – ambos “modernos” y “desarrollados”.³⁵

³¹ Miriam Lang, Arturo Escobar, Alberto Acosta y otros

³² Truman, 1949 IN: Acosta, 2011 pg 44

³³ Idem

³⁴ Acosta, A. 2016, pg. 45

³⁵ Escobar, A. 2015, pg. 26

Cabe recordar, como hace el economista vasco Koldo Unceta, que el desarrollo anunciado por Truman es una modulación histórica de la idea moderna e ilustrada de *Progreso*, y que una genealogía adecuada del concepto exigiría el análisis del pensamiento filosófico, político, social y económico occidental desde el siglo XVII.

Para el autor, el origen del debate sobre el desarrollo que nos acompaña hasta el día de hoy está en la obra de Adam Smith *La Riqueza de las Naciones*. Sin embargo, pensadores anteriores a él y de diferentes orígenes, como Kautilya en la antigua India, Aristóteles en la Grecia clásica, o San Agustín, en la Europa medieval, ya habían teorizado sobre la articulación entre “acciones y decisiones para alcanzar más prosperidad” para los habitantes de determinando territorio. Fue con la emergencia del pensamiento ilustrado en el siglo XVII que ganó relevancia “una perspectiva racional y universalista” sobre estas cuestiones y se terminó por imponer *la necesidad del Progreso*. De esta manera no solo se promovió el desarrollo del conocimiento emancipado de la religión, sino también una concepción de mundo “capaz de superar visiones particularistas mediatizadas por creencias locales”³⁶.

En los años 50 y 60, la categoría de “modernización” se refería a la transformación inducida de las “sociedades tradicionales” en “sociedades modernas”. La mentalidad desarrollista “modernizadora” permeó contenidos del Convenio nº107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo, la primera normativa internacional que trató de los derechos de los pueblos, que fue posteriormente revisada y sustituidos en el Convenio nº 169 de 1989, como se verá más adelante.

Los valores pregonados por Truman tuvieron impactos en las sociedades de manera general pero, fundamentalmente para aquellos grupos que mantenían características culturales radicalmente diferentes de las sociedades modernas y occidentales ya que el *asimilacionismo* y el *integracionismo* que permearon el *proyecto desarrollista* dieron continuidad a la negación de las diferencias culturales que se materializaban como obstáculos al proyecto de desarrollo de las naciones. Otro efecto del *desarrollo* en la condición de vida de los pueblos indígenas fue la opción de dar continuidad al extractivismo como principal actividad económica, lo que dio manutención a las tensiones territoriales.

1.3 Tercer Ciclo de Invasiones y las Tres Etapas del Constitucionalismo Pluralista

En la década del ochenta se inicia el *tercer ciclo de invasión* de los territorios de los pueblos indígenas, al mismo tiempo en que se dan una serie de avances en el reconocimiento del derecho al territorio de los pueblos indígenas. Se puede decir que es a partir de esta época

³⁶ Unceta, 2012 In: Acosta 2011pg 45

cuando se profundiza la contradicción a la que nos enfrentamos actualmente, en donde se pone de un lado el reconocimiento y garantía del derecho al territorio y del otro la debilidad normativa de los Estados frente a las expectativas del mercado internacional.

Para Yrigoyen Fajardo, *el tercer ciclo de invasión* se inicia debido a la combinación de distintos factores: el primero es la pérdida de intensidad en la promoción de las reformas agrarias y el debilitamiento de las protecciones legales de las tierras colectivas que se habían logrado en la etapa del constitucionalismo social; el segundo es la adhesión de los países latinoamericanos al Consenso de Washington (1989) que pregonó la liberalización de la economía de los países de la región y, entre otras políticas, impulsó la inversión extranjera en las actividades extractivas.³⁷

En el contexto del neoliberalismo, hubo algunos cambios en la regulación y destinación de los lucros de las actividades extractivistas, pero esta modalidad de acumulación siguió siendo la opción de los gobiernos declaradamente neoliberales y de los gobiernos progresistas de Latinoamérica. Es verdad que, principalmente los gobiernos progresistas realizaron cambios importantes en la regulación del extractivismo, como por ejemplo la destinación de los lucros a políticas sociales masivas, pero la mentalidad “mono exportadora”³⁸ prevalece y hasta ahora fueron tímidas las políticas para superar la dependencia económica de los países latinoamericanos de esta modalidad de acumulación.

Teniendo como horizonte de análisis las gestiones progresistas en América del Sur, Eduardo Gudynas, destaca que “persiste la importancia de los sectores extractivistas como un pilar relevante de los estilos del *desarrollo*”. Para él, aunque el progresismo sudamericano defiende la idea de “un extractivismo de nuevo tipo”, en el cual la sociedad usufructúa de los beneficios de la explotación de los recursos naturales y de los derechos humanos y comunitarios, no hay cambios substantivos en la actual estructura de acumulación, lo que los riesgos que conllevan el ejercicio de esta actividad siguen existiendo. El economista evalúa que, el *neoextractivismo* es una faceta de la versión contemporánea del desarrollo en Sur América, “donde se mantiene el mito de progreso y de desarrollo sobre una hibridación cultural y política”³⁹.

Cuando los gobiernos anuncian los beneficios de la explotación de los recursos naturales, omiten el hecho de que las sociedades tendrán que asumir los costos de “una compleja y conflictiva relación entre comunidades, empresa y Estado”⁴⁰. Los pueblos indígenas que reivindican y defienden sus territorios experimentan intensamente las violencias que se

³⁷ Yrigoyen Fajardo, R. 2016

³⁸ Lang, M. 2016

³⁹ Gudynas, E. In: Lang, M 2016 pg 30

⁴⁰ Idem, pg. 31

despliegan de esta relación, que es tema de preocupación tanto en la Organización de las Naciones Unidas y como en la Organización de los Estados Americanos.⁴¹

El *neoextractivismo* se configura como “una inserción internacional subordinada y funcional a la globalización” del capitalismo transnacional, que produce además de la depredación ambiental y profundos impactos sociales, la “fragmentación territorial” de los Estados, que permiten la implementación de *enclaves extractivos* vinculados al mercado global.

1.3.1 Enclaves Extractivos

El *enclave* es una característica del extractivismo en las economías primario-exportadoras. Estas son áreas que, por su ubicación y potencial productivo, son controladas por empresas que explotan recursos naturales. Las empresas se aprovechan de su contribución en el equilibrio de la balanza comercial para influir en las relaciones de poder en el país donde operan, garantizando así un marco regulatorio favorable al ejercicio de sus actividades.

De hecho, se convierten en entidades empresariales influyentes en la política nacional y cuando un gobierno trata de restringir y fortalecer la reglamentación de sus actividades se ven amenazados con la retirada de las inversiones y la interrupción de las actividades. Actualmente, es común que ejecutivos y abogados de tales empresas ocupen puestos claves en los gobiernos para que las políticas públicas y las reformas legales les sean ventajosas.⁴² Esta situación supone un poderoso entrabe para que los pueblos indígenas tengan sus derechos garantizados, principalmente en lo que se refiere a la demarcación de sus territorios.

De cierta forma, los *enclaves* quedan al margen de las leyes nacionales, abriendo paso para un complejo proceso de “desterritorialización” del Estado, que es desplazado de sus funciones y obligaciones de gestión del territorio. Es frecuente que prevalezcan los intereses de las empresas y se desvíen la atención de las demandas sociales y la garantía de los derechos humanos. Siendo así, por más que exista un marco legal consistente para las actividades extractivistas, este es sistemáticamente incumplido por las empresas y por el propio Estado que, además de no asumir su rol como titular de obligaciones, frecuentemente adopta una postura policial y criminalizadora en relación a aquellos que se anteponen a proyectos extractivistas y exigen sus derechos.

Aún cuando persista la orientación de la economía hacia la exportación y que los gobiernos anuncien enormes reservas minerales petrolíferas existentes para atraer inversiones, las zonas de alta concentración mineral se están agotando. Sin Embargo, los

⁴¹ Informe defensores de derechos humanos ONU- relatoría especial, 2011; Informe CIDH sobre la situación de los defensores de los Derechos Humanos en Latinoamérica, 2011.

⁴² Lang, M. 2016

elevados precios del mercado internacional y la flexibilización normativa permiten una alta rentabilidad de los *enclaves*, lo que conlleva a la expansión de las fronteras productivas y a la ampliación de las zonas de impacto ambiental y social. En este contexto, los planes de desarrollo locales y los proyectos de futuro de los pueblos indígenas que se basan en su experiencia y conocimientos autóctonos quedan sin lugar ya que el extractivismo tiene supremacía sobre cualquier otra actividad.

1.4 A Contramano: Críticas al Desarrollo, el “Giro Ecoterritorial” y el Convenio OIT 169/89

Para proseguir con la descripción de las características del tercer ciclo del constitucionalismo latinoamericano se hace necesario la irrupción de las críticas teóricas al desarrollo y de los movimientos indígenas que re-significaron el territorio en la arena política produciendo efectos en el abordaje hacia el desarrollo y a la naturaleza. En ámbito internacional la promulgación del Convenio OIT 169 en 1989 hizo eco a la irrupción de dichos movimientos, generando nuevas obligaciones para los Estados.

Críticas al *desarrollo*

En la década del ochenta ya son consistentes las críticas al desarrollo en el ámbito político y económico, pero pasa a ser criticado también en el ámbito cultural y ambiental. Bajo la influencia del paradigma posestructuralista, surgieron un gran número de trabajos que convergían en afirmar que el *desarrollo* consistía en un discurso de origen occidental que producía cultural, social y económicamente “al Tercer mundo”, imponiendo valores y prácticas que no correspondían a las culturas de las comunidades nacionales donde se implementaba. Gana destaque la percepción de que el *desarrollo* tenía especial impacto sobre los pueblos indígenas, ya que las políticas que se desplegaban de este discurso prevalecía el integracionismo y se fomentaba su tutela por parte del Estado.

Esta escuela afirmó que la actuación del aparato institucional para el *desarrollo* - como son el Banco Mundial y otras agencias regionales y locales - operó el discurso, profesionalizando los “problemas del desarrollo” y creando áreas del conocimiento específicas para lidiar con el “subdesarrollo”. Además, se detectó la constitución de una amplia red de organizaciones que difundían sistemáticamente conocimientos “necesarios” al *desarrollo* excluyendo los conocimientos y las experiencias de diversos grupos que, en teoría, deberían beneficiarse de él⁴³. Las críticas en el ámbito cultural fueron importantes para el debate sobre el reconocimiento de la igualdad de las culturas y para identificar el impacto cultural del

⁴³ Escobar, A, 2016 pg. 32

desarrollo, abriendo paso para que se discutiera con más profundidad la relación entre cultural y derechos humanos.

Súmase a la crítica en el ámbito cultural, el hecho de que en los años 80 se intensificaron las preocupaciones por el medio ambiente por parte de las sociedades y los gobiernos. Los movimientos ambientalistas ganaron fuerza política a partir de la constatación general de que las actividades extractivas provocaban la destrucción del medio ambiente y amenazaban la propia existencia humana. De hecho, esa preocupación hizo con que se rescatara buena parte de la producción teórica de los años 70 que promovían una conciliación entre el crecimiento económico del capital con los límites de la Naturaleza, propuestas estas que orientaron los debates de la Cumbre de la Tierra realizada en Estocolmo en 1972. Entre estas teorías, la más divulgada fue la del “desarrollo sostenible” y la del “decrecimiento económico”⁴⁴. En la referida Cumbre se discutió, mismo que tímidamente, cómo las políticas de *desarrollo* que facilitaban actividades extractivistas eran *insustentables* para el planeta y que existía la necesidad de modificar la estructura productiva y las matrices energéticas.

1.4.1 “El Giro Ecoterritorial”

En los años ochenta hubo la irrupción de los movimientos de identidad étnica y cultural que tejieron potentes vínculos con el movimiento ambiental. Para Maristela Svampa desde esta época se viene produciendo en Latinoamérica un giro *ecoterritorial* no solo en los movimientos sociales, sino también en la perspectiva crítica académica.⁴⁵ Es a partir de la hibridación política entre cultura y medio ambiente que se consolidan en el campo teórico *alternativas al desarrollo* para superar la perspectiva de *alternativas de desarrollo*.

Porto-Gonçalves destaca que a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa, principalmente en Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia y Brasil emerge la consigna “no queremos tierra, queremos territorio”, lanzando luz a la dimensión cultural del territorio, que superaba la perspectiva económica reconocida desde la etapa del constitucionalismo social. De esta manera los movimientos sociales indígenas, en conjunto con campesinos y afrodescendientes inauguraban “el problema de la territorialidad” en los debates teórico-políticos – jurídicos - de la región, imponiendo la re-significación sobre las cuestiones de tierras y territorio. Desde una perspectiva territorial-cultural, estos movimientos iniciaron un proceso de reapropiación social y epistémica de la naturaleza, formulando posturas avanzadas sobre temas como el Estado, el

⁴⁴ Quijano 2000 In: Acosta 2016

⁴⁵ Svampa, M. 2016

poder, la naturaleza y las identidades que contribuyeron especialmente para el movimiento ambiental.⁴⁶

El geógrafo brasileño Porto-Gonçalves realiza una distinción entre territorio, territorialización y territorialidad relevante para comprender el impacto político y teórico de la irrupción de los movimientos de corte étnico-territoriales:

“el territorio es una categoría densa (espessa, en el texto original en portugués) que presupone un espacio geográfico que es apropiado, y ese proceso de apropiación — territorialización— crea las condiciones (enseja) para las identidades —territorialidades— las cuales están inscritas en procesos, siendo por tanto dinámicas y cambiantes, materializando en cada momento un determinado orden, una determinada configuración territorial, una topología social”⁴⁷

De esta manera, el territorio se caracteriza por:

“ser tanto material y simbólico cuanto biofísico y epistémico, consistiendo en “un proceso de apropiación socio-cultural de la naturaleza y de los ecosistemas que cada grupo social efectúa desde su cosmovisión u ontología”.⁴⁸

Teniendo en cuenta las definiciones de Porto-Gonçalves, Arturo Escobar sintetiza el significado de territorio para los movimientos sociales de corte étnico-territoriales, estableciendo la diferencia que este guarda en relación al sentido del término empleado en las etapas del constitucionalismo social y integracionista:

“queda claro que “territorio” no es equivalente a la noción de “tierra” del discurso campesinista de décadas anteriores. Tampoco corresponde a la concepción moderna de territorio dentro de la perspectiva del estado-nación, sino que la cuestiona. En el discurso étnico-territorial, el territorio no se ve tanto en términos de “propiedad” (aunque se reconoce la propiedad colectiva); sino, de apropiación efectiva mediante prácticas culturales, agrícolas ecológicas, económicas, rituales, etc. Como tal, el territorio (...) no tiene “fronteras” fijas, sino entramados porosos con otros territorios aledaños. En este sentido, puede decirse que este tipo de discusiones sobre el territorio nos remite a una espacialidad no cartesiana o euclidiana y ciertamente no liberal, todas las cuales dependen de una visión del territorio como entidad inerte “realmente existente” independientemente de las relaciones que lo constituyen; entidad esta que puede ser entonces medida, adjudicada en propiedad privada o transferida entre “individuos” o intervenida a voluntad, incluso para su destrucción.”⁴⁹

Para Arturo Escobar, la ecología política defendida por los movimientos sociales de corte étnico-territoriales promovieron innovaciones relevantes para la época porque a) lanzaron luz al hecho de que el desarrollo y de las actividades extractivistas corresponden a una

⁴⁶ Escobar, A. 2010; Leff, E y Porto-Gonçalves, CW, en imprenta; Walsh, C. 2009 In: Escobar, A. 2015 pg. 90

⁴⁷ Porto-Gonçalves, CW. 2002, pg. 230

⁴⁸ Porto-Gonçalves, CW. 2002 In: Escobar, A. 2015 pg. 91

⁴⁹ Escobar, A. 2016 pg. 90

determinada “ racionalidad y visión del mundo”; b) aportaron considerablemente para alimentar una estrategia de “re-apropiación cultural de la naturaleza” defendiendo territorios ancestrales y nuevas territorialidades; c) articularon propuestas concretas, basadas las diversas racionalidades desplegadas de diferentes cosmovisiones, sugiriendo modelos administrativos, jurídicos y legales de preservación de la biodiversidad.

Cuanto a estos últimos aportes, Escobar destaca que estos parten desde una posición de autonomía y que visan disparar “procesos territorialización negociados”, es decir desde su ecología política con énfasis en las diferencias culturales, los movimientos resinificaron el territorio como “espacio de vida”⁵⁰ produciendo efectos en el léxico político y jurídico. En esta misma dirección Porto-Gonçalves y Enrique Leff, afirman que la resistencia de los movimientos étnico territoriales articularon un proceso des-territorialización de la globalización neoliberal y de la racionalidad occidental moderna a partir de otras racionalidades territorializadas que redefinieron el ambiente y sus identidades culturales con el objetivo de construir mundos sustentables.

Así, estos grupos no solamente crearon una estrategia de resistencia al despojo y la des-territorialización, sino que afirmaron su existencia a elaborando proyectos de emancipación, reivindicando su identidad, sus modos de pensar, y sus modos de producción y de sustento⁵¹. Para los autores “estas poblaciones no solamente han perseverado, se han reafirmado a través de reinventar su existencia cultural”.

Precisamente, parte de la estrategia política de estos movimientos fue su vinculación al movimiento ambientalista. Quizás, un marco de este vínculo sea la participación de los movimientos indígenas y afro descendientes en la Cumbre de la Tierra de Rio de Janeiro realizada en 1992. Cabe destacar que en este mismo año se “conmemoraban los 500 años del descubrimiento” y que la presencia indígena en la cumbre quedó marcada por los fuertes argumentos contra la permanencia de los patrones de relación de poder colonial en las democracias del s. XX, destacando principalmente las amenaza que las actividades extractivas representaban para la biodiversidad. En esta ocasión, los pueblos indígenas llevaron a público su concepción de biodiversidad:

“Biodiversidad es armonía entre el hombre y la naturaleza de manera espiritual. Es el manejo que se da por el pensamiento, la palabra y la obra. El pensamiento es el anciano que es la fuerza espiritual de la palabra. La palabra es la autoridad. Lo que obra es la fuerza que es la

⁵⁰ Escobar, A. 2015 pg. 93

⁵¹ Porto-Golçalves, CW y Leff, E. Em imprensa In: Escobar, A. 2015.

juventud. *Hay que conservar lo que no se puede tocar. Hay que preservar lo que se puede tocar.*”⁵²

Sin embargo, la inclusión del discurso político indígena en la Cumbre de 1992 fue controlada y regulada, ya que estos no eran protagonistas en las discusiones. Igualmente es innegable que su presencia en este fórum consistió en un importante avance para la representación indígena en la elaboración de los Acuerdos Ambientales internacional, marcando la incidencia de las cuestiones ambientales en la reproducción y desarrollo de la identidad individual y colectiva de los pueblos indígenas.

Representando “nuevos actores” en el debate ambiental, y fueron rápidamente caracterizados como “guardianes de la tierra” y tuvieron sus modos de vida interpretados como “sistemas propios de sostenibilidad”. Este abordaje no solo refleja el bajo grado de comprensión de la cultura indígena y de la relación con sus territorios, como también el intento de absorber la política indígena a partir de una “traducción” para el léxico político moderno.

De cualquier manera, su participación quedó plasmada en textos como la *Declaración de Principios de Río*, la *Agenda 21*⁵³, el *Convenio Marco de las Naciones Unidas para prevenir el cambio climático* y en la *Declaración de Principios sobre los Bosques* o el *Convenio de Diversidad Biológica*. Este último, que entra en vigor en 1993, es el instrumento donde mayor repercusión ha tenido la presencia, participación y *lobby* indígena en la media que supone un paso adelante en la inserción dignificada de los pueblos indígenas en la negociación y participación de los acuerdos ambientales multilaterales.⁵⁴

A partir de la inclusión de los pueblos indígenas en la Cumbre de 1992, se iniciaron diálogos multilaterales lo que contribuyó para la difusión de una nueva manera de comprender la “la relación a tres bandas entre los pueblos indígenas, los derechos humanos y los derechos ambientales”, lo que conllevó en la construcción de un discurso de derechos permeado por las reivindicaciones indígenas y por demandas ambientales, cuyo el centro era la territorialidad indígena. Así, defiende Bringas, se avanzó hacia una “lógica intercultural para la reconstrucción de los derechos humanos y los derechos ambientales.”⁵⁵

⁵² Bringas, AM. 2008 pg. 158

⁵³ Capítulo 24 de La Agenda 21

⁵⁴ Bringas, AM. 2008 pg. 158, 159, 160

⁵⁵ Idem, pg. 162

1.5 Convenio OIT 169/89 y el Constitucionalismo Pluralista

En contramano a la profundización del extractivismo circunscripto al neoliberalismo desarrollista que inauguraba el nuevo ciclo de invasión de los territorios indígenas, en los ochenta también se produjeron importantes avances en el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En este contexto, también ocurrieron “tres rondas de reformas constitucionales circunscriptas al “*constitucionalismo pluralista*”.⁵⁶ Desde esta perspectiva, la diversidad cultural pasa a ser valorada y protegida por el Estado. En lo que se refiere a los territorios indígenas, en esta época pasan a ser considerados el eje principal para la garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

Según Yrigoyen Fajardo, la emergencia del *constitucionalismo pluralista*, precisamente, se debió a la influencia de la difusión teórica del *multiculturalismo* y del Convenio de la OIT 169/89. La combinación de estos dos factores contribuyó para que, progresivamente las diferencias culturales y el derecho al territorio fueran incorporados en los ordenamientos jurídicos de los Estados Latinoamericanos. Yrigoyen Fajardo, considerando el carácter progresivo de las reformas constitucionales, divide el *constitucionalismo pluralista* en tres ciclos: a) *constitucionalismo multiculturalista* (1982-1988); b) *constitucionalismo pluricultural* (1989-2005); c) *constitucionalismo plurinacional* (2006-2009).

1.5.1 El Constitucionalismo Multiculturalista (1982-1988)

El primer ciclo del Constitucionalismo Pluralista, llamado por Fajardo *de constitucionalismo multiculturalista* se da entre 1982 y 1988 bajo la fuerte influencia de la teoría del *multiculturalismo*. En los años ochenta esta teoría se difunde, afirmando el valor de la diversidad cultural y la necesidad de políticas públicas inclusivas que la tengan en cuenta. La diversidad cultural se puede dar en virtud de la presencia de diversos pueblos indígenas, preexistentes al Estado, así como poblaciones de reciente inmigración.

Para Catherine Walsh, el término multiculturalidad es, principalmente, descriptivo y se refiere a la multiplicidad de culturas presentes en un determinado lugar, sin que necesariamente exista una relación entre ellas⁵⁷. A pesar de esta definición no adentrar ni calificar las relaciones interculturales, permite identificar la importancia de la adhesión al multiculturalismo para el pleno reconocimiento de la diferencia cultural, inaugurando una nueva etapa en los ordenamientos jurídicos y en elaboración de políticas públicas.

⁵⁶ Yrigoyen Fajardo, R. 2016.

⁵⁷ Walsh, C. 2005 pg. 6

Los teóricos canadienses como Kymlicka plantearon la necesidad de reconocer la diversidad cultural en una misma nación y de protegerla, desarrollando un marco teórico para lo que se llamó *ciudadanía multicultural*⁵⁸. Esta última, se inscribe en la tradición liberal, pero evidencia las dificultades del Estado de Derecho en contemplar a los colectivos que poseen características culturales específicas. El autor construyó bases para el reconocimiento de *derechos especiales* para protegerlos como colectivo cultural diferenciado, lo que produjo efectos en el reconocimiento del derecho al territorio como se verificará en el Convenio OIT 169/89. Desde esta perspectiva se fortalece la idea de igualdad entre los ciudadanos independientemente de sus diferencias culturales, superando el abordaje *integracionista* y *assimilacionista* hacia los grupos culturalmente diferentes y dando paso a la reflexión sobre el lugar que ellos deberían ocupar en el *desarrollo* de las naciones.

En las reformas constitucionales del *constitucionalismo multiculturalista* se introdujo el concepto de *diversidad cultural*, se reconocieron el carácter multicultural y multilingüe de las sociedades y el derecho individual y colectivo a la identidad cultural, abriendo camino para que se desarrollaran derechos de los indígenas y afrodescendientes. En este sentido, fue un período de cuestionamiento sobre la configuración y definición de los Estados republicanos latinoamericanos, principalmente en lo que se refiere a su carácter monocultural y al monismo jurídico asociado a él. De esta manera, la aproximación del *multiculturalismo* con el Derecho creó fracturas en la definición de los Estados latinoamericanos, estableciendo bases para la inclusión de formulas de pluralismo jurídico en la etapa constitucional posterior.

La primera constitución que adoptó el multiculturalismo fue la de Canadá, que reconoció su herencia multicultural e incorporó *derechos aborígenes*. En contexto latinoamericano, la Constitución de Guatemala (1985), fue la primera que reconoció tanto “la configuración multiétnica, multicultural y multilingüe” del país, como los “derechos de las personas y las comunidades a su identidad cultural”; la Constitución de Nicaragua (1987) también reconoció la “naturaleza multiétnica” del pueblo y los derechos culturales, lingüísticos y territoriales de “las comunidades étnicas”, desarrollando incluso un régimen de autonomías.⁵⁹

Al mismo tiempo que la valoración y teorización de la diversidad fundamentó el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas, también operó como limitador, ya que correspondería a la evaluación externa el reconocimiento de la autenticidad de las especificidades culturales de los grupos. Esta es una cuestión que suscita críticas al *multiculturalismo*⁶⁰, y señala desde esta perspectiva que la autodeterminación de los pueblos y su derecho a tener derechos específicos está condicionada por la evaluación del Estado, que

⁵⁸ Kymlicka, W. In: Yrigoyen Fajardo, 2016; Kymlicka, W. In: Pérez Luño, 2002

⁵⁹ Yrigoyen Fajardo, R. 2016

⁶⁰ Segato, R. 2007

fundado en la tradición liberal poseía limitadas herramientas para este análisis. Así, este último opera como una *entidad ajena*, a quien lo compete declarar la legitimidad de la diferencia de los grupos diferenciados del resto de la comunidad nacional.

En este contexto, muchos autores⁶¹ consideraron que prevaleció en estos procedimientos evaluativos una perspectiva *antropologica culturalista*, que tendía a definir a los grupos a partir de rasgos culturales *estáticos*, ignorando dinámicas de transformación intrínsecas al desarrollo de cualquier cultura. De esta manera, se estableció una “caricatura cultural” para los grupos, especialmente para los pueblos indígenas. Hasta el día de hoy, en la medida en que adhieren, por ejemplo, a padrones estéticos modernos y a la tecnología, estos son frecuentemente interpelados en cuanto a la veracidad de sus diferencias culturales y tienen sus derechos que los protegen como colectivo cultural deslegitimados.

Un ejemplo de la limitación de la perspectiva multiculturalista en la aplicación del Derecho, se dio en Colombia, donde a pesar de que en la Constitución de 1991 se reconoce el carácter multicultural del país, los magistrados establecieron el principio de “mayor conservación de sus usos y costumbres y mayor autonomía”, vinculando *el derecho al propio derecho* al estado de conservación de la cultura en un pueblo. De esta manera, para los magistrados, era frente la comprobación del estado de conservación para que un pueblo tuviese el derecho a gozar de mayor autonomía⁶². Como se verá, esta perspectiva cambia a partir de la vigencia del Convenio OIT 169/89.

1.5.2 Convenio OIT 169/89

Los contenidos de la teoría del multiculturalismo se reflejan en el Convenio n°169 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo. Este Convenio fue aprobado en 1989 en la Conferencia Internacional del Trabajo como resultado de la revisión del Convenio n°107 de 1957, que era contundentemente criticado por indigenistas y liderazgos indígenas por haberse fundado en una concepción de indigenismo ultrapasado y permeado por *integracionismo* y *asimilacionismo*.

Algunos ejemplos en texto del Convenio OIT 107/57 que reflejan dicho abordaje hacia los pueblos indígenas se verifican en su preámbulo, que promovía la “integración progresiva” de las poblaciones indígenas en sus colectividades nacionales; el Artículo 1.a, establecía medidas de protección a las poblaciones que se consideraban en “una etapa menos avanzada que la alcanzada por otros sectores de la colectividad nacional”; y su Artículo 3.2b que determinaba

⁶¹ Escobar, A. 2016; Segato, R. 2007; Acosta, A. 2016

⁶² Yrigoyen Fajardo, R. 2016

que tales medidas protectoras serían aplicables “[...] solo mientras existiese una necesidad de protección especial [...]”.

El Convenio 169/89 de la OIT entra en vigor en 1991 siendo actualmente ratificado por veinte y dos países, siendo quince de ellos Latinoamericanos.⁶³ Ya en el Preámbulo del Convenio 169 se justificó tal revisión a partir de “los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo”, que “hacían aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”.⁶⁴

El Convenio OIT 169/89 reconoce *derechos colectivos* de orden político, territorial, económico y social, reconociendo los pueblos indígenas *como Pueblos*. También se reconoce el *derecho a la autonomía*, que se ejerce a través de la determinación de las prioridades en lo que se refiere a su desarrollo económico, social y cultural (art. 7.1), y a través del derecho al derecho consuetudinario que conserva sus costumbres e instituciones propias (art. 8.1 y 2). Tanto Yrigoyen Fajardo⁶⁵ como Murúa⁶⁶ consideran que este último artículo abre camino para el *pluralismo jurídico* y la *jurisdicción indígena*, que vinieron a ser reconocidos en la etapa posterior del *constitucionalismo pluralista*.

Luego, en sus primeros Artículos, el Convenio trata del derecho de los pueblos a *la participación*. La introducción del derecho a la participación refleja un gran avance normativo porque reconoce a los pueblos como comunidades políticas, rompiendo con la postura de tutela hacia ellos y sus territorios que permeó las normativas nacionales e internacionales desde el s.XIX. Los Artículos 6.1 y 6.2 tratan de su derecho a participar e incidir sobre decisiones que afecten a sus territorios, a través de la consulta y de la construcción de posibles medidas administrativas y legislativas; También, se reconoce el derecho de participar en instituciones electivas y administrativas y a la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional que los afecten directamente (art. 7. 1).

En lo que se refiere al marco normativo del derecho al territorio, nos apoyaremos en el análisis de Fergus Mackay⁶⁷, para destacar los contenidos del Convenio 169/89 que inciden directamente sobre la materia. El autor pone énfasis en el Artículo 13.1 que establece que los Estados deben reconocer y respetar “la relación especial espiritual, cultural y económica que los pueblos indígenas tienen con sus tierras y territorios y, especialmente, los aspectos colectivos de esta relación”. Desde esta perspectiva normativa no solo se reconoce la relación colectiva de los

⁶³ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Venezuela

⁶⁴ OIT, 1989. Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

⁶⁵ Yrigoyen Fajardo, R. 2016

⁶⁶ Murúa, F. 2016

⁶⁷ Mackay, F. 2002.

pueblos con los territorios, sino que también se advierte la centralidad de esta relación para su constitución como *Pueblos*. Así, el convenio promueve un “giro normativo”, que asocia el derecho al territorio como condición para el usufructo de los derechos sociales, culturales y económicos.

En el Artículo 14 se reconocen los “derechos [colectivos] de propiedad y posesión... de las tierras que ocupan tradicionalmente” y que los Estados “deberán tomar las medidas necesarias para identificar” estas tierras y “garantizar la protección efectiva de los derechos (de los pueblos indígenas) a la propiedad y posesión”. Mackay llama la atención hacia la redacción del Convenio 169/89 en la cual se verifica que la mención a “tierras que ocupan tradicionalmente”, también alude a “tierras donde los pueblos indígenas y tribales han vivido a lo largo del tiempo y que han usado y manejado de acuerdo a sus prácticas tradicionales. Estas son las tierras de sus ancestros que esperan pasar a generaciones futuras. En algunos casos, pueden incluir tierras que han sido perdidas recientemente”.

El Artículo 13. 2 del Convenio 169/89 que lleva la definición de “tierras” a ser interpretada a través de los Artículos 15 y 16 que presentan el “concepto de territorios, (como) lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”. MacKay destaca que, a pesar de la definición presentarse en tiempo presente - “ocupan” y “usan”-, y no incluir las tierras que históricamente disputadas, el Artículo abarca tierras recientemente ocupadas o usadas por los pueblos indígenas. Eso les garantiza que no sea necesario la comprobación de la “ocupación inmemorial” de tierras o territorios y que la ocupación presente o reciente sea suficiente para que los Estados reconozcan sus derechos sobre ellas.

El autor también enfatiza el hecho de que, aunque el Convenio 169/89 reconozca derechos a tierras y territorios, esto no significa que sean derechos de propiedad plena y que su reconocimiento dependerá de las formas de propiedad que contienen los ordenamientos jurídicos nacionales. Otra exigencia del Convenio es que, “en los casos apropiados”, la protección del *derecho de acceso a tierras* “no ocupadas por (pueblos indígenas), pero que históricamente estén relacionadas a su subsistencia y actividades tradicionales” (Artículo 14.1). En este sentido, los Estados que ratifican el Convenio 169/89 debe establecer “procedimientos adecuados” en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras” (Artículo 14.3.).

Para MacKay, no queda claro el significado de “casos apropiados” aunque en el Artículo 23 se determine la protección y fortalecimiento de las prácticas de subsistencia, y que, en el Artículo 7.1 se reconozca el derecho indígena al control de las tierras que “utilizan”. En

concordancia con este último, el Artículo 17 determina que los Estados respeten “las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra” y que consulten a los pueblos “siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”.

El Artículo 15.1 trata del derecho a “participar en la utilización, administración y conservación” de recursos naturales presentes en sus tierras y el derecho a que estos recursos sean protegidos debido a la especial relación que los pueblos indígenas mantienen con sus territorios. En los casos en que el Estado tenga derechos a los recursos naturales presentes en tierras indígenas y quiera explotarlos, este debe establecer procedimientos de consulta a los pueblos antes de comenzar o permitir dichas actividades. Esta disposición se basa en gran parte en los litigios movidos por los pueblos contra los Estados, ya que frecuentemente estos últimos no realizan los procedimientos indicados y/o desconsideran los resultados de la consulta.

También en relación a los recursos naturales, el Artículo 16 establece “cuando sea posible”, que los beneficios de la explotación en tierras indígenas deben ser compartidos con las comunidades afectadas, además de que estas deben ser compensadas por cualquier daño ocasionado por tales actividades. En el mismo Artículo, como alerta Mackay, no se prohíbe estrictamente el traslado de pueblos indígenas de sus tierras y territorios, pero se determina que en los casos que deban trasladarse, solo puede ocurrir mediante “su consentimiento libre y conocimiento de causa”.

José Aylwin y Leonardo Tamburini⁶⁸ afirman que Latinoamérica fue la región donde el Convenio OIT 169/89 tuvo mayor impacto en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, provocando repercusiones jurídicas y políticas que se reflejan en la jurisprudencia y en los textos constitucionales. Hasta que entró en vigor la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en 2007 el Convenio 169/89 fue el principal instrumento utilizado por los Pueblos indígenas para exigir de los Estados la garantía de sus derechos territoriales.

1.5.3 El Constitucionalismo Pluricultural (1989-2005)

El *ciclo de constitucionalismo pluricultural*, tiene su inicio marcado por la promulgación del Convenio OIT 169 en 1989 y se extiende de 1989 a 2005. Este ciclo reafirmó la diversidad cultural y el derecho individual y colectivo a la diferencia cultural introducidos en el ciclo anterior. Sin embargo, en esta etapa se desarrolló el concepto de “nación multiétnica” para caracterizar a las sociedades que se constituyen a partir de la coexistencia de diferencias

⁶⁸Alwyn, J & Tamburini, L. 2002

culturales radicales en el seno de la nación. Así, se intensifica la redefinición del Estado planteada en etapa anterior del constitucionalismo latinoamericano, confirmando lo que se llamó de “Estado Pluricultural”.

Para describir las características de este ciclo, es necesario remarcar la diferencia entre la multiculturalidad y la pluriculturalidad. Para Walsh, esta última está asociada a una “pluralidad histórica y actual”, en la cual varias culturas conviven en un espacio territorial y, juntas, hacen una totalidad nacional. Debido a su énfasis en la pluralidad histórica como factor constituyente de “lo nacional”, este concepto se difundió largamente en Latinoamérica, ya que es consonante a “la particularidad de la región donde pueblos indígenas y pueblos afrodescendientes han convivido por siglos con blancos-mestizos y donde el mestizaje ha sido parte de la realidad, como también la resistencia cultural”.⁶⁹

A pesar de la distinción entre multi- y pluricultural ser “sutil”, es relevante en la medida en que el primero se refiere a “una colección de culturas singulares con formas de organización social que muchas veces yuxtaponen, mientras que el segundo destaca la pluralidad “entre y dentro de las culturas mismas”. Esto significa que la multiculturalidad, utilizada como descriptor de una sociedad, se refiere a la existencia “de distintos grupos culturales que, en la práctica social y política, pueden permanecer separados, divididos y opuestos, mientras que la pluriculturalidad indica una convivencia de culturas en el mismo espacio territorial, aunque sin una profunda interrelación equitativa.”⁷⁰

En este contexto, la diversidad cultural y pluralismo son plasmados en principios constitucionales y se desarrollaron con más intensidad el reconocimiento de los derechos indígenas y afro descendientes a partir de la incorporación de los contenidos del Convenio 169/89. Entre tales contenidos se destaca la inclusión de las primeras formulaciones de *pluralismo jurídico*. Siendo así, las reformas en los textos constitucionales de este período, frecuentemente introdujeron al reconocimiento de autoridades indígenas y sus derechos consuetudinarios, profundizando también el reconocimiento de jurisdicciones indígenas sobre sus territorios.

Las fórmulas de pluralismo jurídico, tienen especial relevancia porque establecieron bases para la retoma del control y el poder de decisión de los pueblos sobre sus territorios. Ellas también profundizaron la fractura en el monismo jurídico heredado del modelo liberal, ya que conllevaron a cierto condicionamiento de las normas y acciones de los Estados hacia los valores culturales de los pueblos indígenas.

⁶⁹ Walsh, C. 2005

⁷⁰ Idem

Los textos constitucionales incorporaron alguna formula de pluralismo jurídico interno, buscando no afectar la integridad nacional, la seguridad jurídica y los valores de los derechos humanos. Todos los países andinos, con excepción de Chile, incluyeron alguna fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999); además, otros Estados como Paraguay (1992) y Mexico (2001) también adherió a la tendencia⁷¹.

A pesar de los avances que tales formulas representaron para los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, presentan limitaciones y en muchos casos no fueron introducidas “modo orgánico y sistemático”⁷² en los ordenamientos jurídicos. Por otra parte, el pluralismo jurídico también está limitado por el Convenio OIT 169/89 que reconoce el derecho de los Pueblos a conservar sus costumbres y instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos humanos y fundamentales (Artículo 8.2). La Constitución Peruana es la única que guarda consistencia con el Convenio, al establecer que la jurisdicción especial no debe vulnerar los derechos de la persona. (Artículo 149), mientras que las demás constituciones andinas son más restrictivas y limitan el reconocimiento de la jurisdicción o justicia indígena a no contradecir “la Constituciones y las leyes”⁷³.

1.5.4 El Constitucionalismo Plurinacional (2006-2009)

El tercer ciclo se inaugura en el contexto de la Declaración De Las Naciones Unidas Sobre Los Derechos De Los Pueblos Indígenas Y Tribales en 2007, que representó un gran avance en los derechos de los pueblos. Sin embargo, en Latinoamérica el reconocimiento de las características culturales de los pueblos indígenas fue más allá del reconocimiento de derechos. Los procesos constituyentes de esta etapa, a ejemplo de Ecuador y Bolivia, promovieron un nuevo pacto de Estado, dando lugar a un *Estado Plurinacional*. Esta concepción aspira activar un proceso de descolonización del modelo de Estado y, en estas Cartas constitucionales no solo se reconoce la jurisdicción indígena sino que también regulan un pluralismo jurídico igualitario.

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado, basada en reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas y, como *naciones originarias* o *nacionalidades* con autodeterminación o libre determinación. Esto significa que son figuras políticas con derecho a definir su destino y gobernarse en autonomías. Al definirse como Plurinacional, el Estado no resulta en una entidad ajena que reconoce la diversidad cultural, sino que se funda en el pacto entre diferentes naciones indígenas.

⁷¹ Yrigoyen Fajardo, R. 2016

⁷² Idem

⁷³ Idem

Además de corresponder a las aspiraciones de los pueblos indígenas que conforman estos países, el constitucionalismo Plurinacional es resultado de un proceso político desencadenado por los impactos de los ajustes estructurales y de las políticas neoliberales que empezaron en los años 80 y está íntimamente asociado al tercer ciclo de invasión de los territorios indígenas. Uno de los pilares teóricos de esta etapa del constitucionalismo es el profundo cuestionamiento del *desarrollo*, que se dio a partir de las críticas sobre sus impactos sociales y ambientales negativos y de la constatación de que este no correspondía a los proyectos de futuro de las naciones indígenas.

Los procesos que culminaron en dichas Constituciones involucraron las reclamaciones de la población en general por derechos sociales y un rol más activo de Estado frente a las transnacionales y otros agentes económicos extranjeros. Los nuevos derechos sociales incluidos en las Cartas fueron concebidos a partir la cosmovisión indígena (*Sumak Kasay* o Buen Vivir) y, en este sentido, también fueron incorporados nuevos sujetos de derecho, como en el caso de la Constitución de Ecuador, que atribuyó derechos a la Naturaleza.⁷⁴

En el *El Buen Vivir – una oportunidad para imaginar otros mundos* (2016), Alberto Acosta realiza una introducción a la idea del concepto como principio orientador para las constituciones nacionales. Este concepto refleja los principios del *sumak kawsay* concebido por los pueblos andinos y amazónicos. Para Acosta, el concepto es útil ya que contribuye para la teorización y práctica de *alternativas al desarrollo* en todo el globo porque se centra la comunión entre la Humanidad y la Naturaleza.

En relación a la relevancia del concepto para las sociedades alrededor del mundo, Acosta destaca que los indígenas no son pre-modernos ni atrasados y que sus valores y prácticas sintetizan una civilización viva que resistió a la Modernidad colonial y que es perfectamente capaz de dialogar y responder sobre los problemas actuales. El Buen Vivir hace un “primer esfuerzo” para compilar los principales conceptos, experiencias y prácticas en los Andes y en el Amazonas superando la idea tradicional de *desarrollo* e introduciendo una visión del mundo más diversificada y en consecuencia, más compleja. Por este motivo, en vez de presentar al concepto como fórmula para el futuro, Acosta lo presenta como una plataforma de dialogo enriquecedora para todos los pueblos del mundo.

Para presentar el Buen Vivir como concepto orientador constitucional, el autor trata de diferenciar *alternativas de desarrollo* y *alternativas al desarrollo* presentando una nueva dimensión de derechos, los Derechos de la Naturaleza. Estos derechos dependen de otro tipo de

⁷⁴ Acosta A, 2016; Yrigoyen Fajardo, R. 2016.

Estado, el *Estado Plurinacional* que deberá ser construido con la participación de los ciudadanos, pueblos y naciones a través de diversas formas de democracia.

El autor piensa que este proceso es capaz de crear una matriz para una economía solidaria y plural que supere al extractivismo y al capitalismo. Para Acosta el Buen Vivir no es un exotismo inaplicable al ordenamiento jurídico, sino que es un concepto al cual se adhirieron intelectuales, juristas y movimientos sociales de todas partes del mundo para encarar los desafíos de estos tiempos.

Quizás quepa incluir aquí algunas aclaraciones que realiza Acosta para evitar la distorsión del concepto de Buen Vivir. La primera trata de la imposibilidad de pleitear un cambio civilizatorio consistente dentro del capitalismo. Para el autor, la construcción del Buen Vivir y su introducción en las constituciones no debe equivalerse al “bien estar occidental”, sino que, debe estar fundado en Derechos Humanos y Derechos de la Naturaleza que garanticen prioritariamente *la vida*, y que por lo tanto, son incompatibles al funcionamiento del capitalismo y su lógica de acumulación a través del extractivismo.

La segunda aclaración trata de rol del Estado en la construcción del Buen Vivir. El autor afirma que, aunque este corresponda a un principio constitucional, es indispensable repensar el Estado en términos plurinacionales e interculturales. Sobre esta cuestión destaca que consolidar un Estado Plurinacional no consiste en la burocratización del Estado para incorporar a los llamados “grupos minoritarios” y en la creación de instituciones administrativas que atiendan a cuestiones específicas o que favorezcan el bilingüismo. El Estado Plurinacional exige la incorporación de los códigos culturales de los pueblos y nacionalidades a través de un amplio debate que permita una transición hacia un modelo que no esté atado a las tradiciones eurocéntricas. Para ello, es necesaria la elaboración de un sistema educativo intercultural que parta de otras directrices conceptuales y pedagógicas.

La tercera aclaración sobre el Buen Vivir trata de la construcción de una institucionalidad que materialice el ejercicio horizontal del poder y que fortalezca espacios comunitarios que conlleven a la “ciudadanización” del Estado en los ámbitos individual y colectivo. Para el autor, *otro futuro* debe ser creado a partir del ámbito comunitario y *otro mundo* será posible si es organizado comunitariamente a partir de los Derechos Humanos y de los Derechos de la Naturaleza.

Desde esta perspectiva, la democracia por lo tanto, deberá ser repensada y profundizada para generar respuestas políticas y no meramente técnicas sobre los dilemas económicos, sociales y ambientales. Es a partir de un amplio debate político que se podrán llevar adelante los procesos necesarios a la superación de las desigualdades como por ejemplo la descolonización,

despatriarcalización, erradicación del racismo y de resolución de problemas relacionados a los territorios.

La cuarta aclaración se refiere a la necesidad de construcción de relaciones de producción, intercambio y cooperación, que propicien suficiencia más allá de la eficiencia deseada en el sistema vigente. Según Acosta: “El Buen Vivir como filosofía de vida es un proyecto libertador y tolerante, sin prejuicios ni dogmas. Un proyecto que sumó muchas historias de lucha, resistencia y propuestas de cambio, y que, al nutrirse de numerosas experiencias de varias partes del planeta pudo posicionarse como punto de partida para construir democráticamente sociedades democráticas. Para seguir un camino diferente es necesario superar el objetivo básico y los motores del modelo occidental de desarrollo”.⁷⁵

La obra cuenta con un capítulo titulado “*Otra economía para otra civilización*” en donde el autor presenta propuestas para una transición desde la economía de masas fundada en la acumulación proveniente del extractivismo hacia una economía de base comunitaria, fundada en la suficiencia que equilibre las necesidades humanas en relación con la Naturaleza. En este sentido, Acosta afirma que el Buen Vivir está orientado por el *biocentrismo*. En las constituciones, generalmente el ser humano es el “centro de las atenciones” y factor fundamental de la economía.

Sin embargo, una constitución orientada por el *biocentrismo* se formula a partir de la relación entre el ser humano que vive en comunidad y armonía con la Naturaleza. Desde esta perspectiva, lo que está en juego es la defensa de la vida ante esquemas antropocéntricos de organización productiva que destruyen el planeta y, tornase urgente la superación del divorcio entre el ser humano y la naturaleza promovido por el pensamiento Ilustrado. Los Derechos de la Naturaleza se presentan como un pilar para que los ordenamientos jurídicos sean capaces de impulsar un cambio en la ordenación social territorial y jurídica antropocéntrica.

A pesar de presentarse como un proyecto teórico y institucional de descolonización de los Estados, la adhesión de esta nueva perspectiva constitucional generó y aún genera una serie de desafíos para su implementación. Primero porque enfrenta la cultura jurídica fundada en la monoculturalidad del estado y en el monismo jurídico; Segundo porque a pesar de cuestionar el *desarrollo* y el extractivismo promoviendo un “*giro biocéntrico*” en el ordenamiento jurídico, existen enormes dificultades para reorientar las economías primario exportadoras.

Son valiosas las contribuciones de estos países para moldear el Estado de acuerdo con las cosmovisiones indígenas culturas presentes en su territorio, pero aún se muestran inconsistentes sus intentos de reorganizar las economías. Si por un lado los críticos no dejan de

⁷⁵ Acosta, A. 2016, pg. 47

destacar las contradicciones de los Estados Plurinacionales de Ecuador y Bolivia, por otro sus defensores afirman que este está en proceso de construcción y implementación. En las palabras de Silvina Ramírez: “Al menos, discursivamente, (desde esta perspectiva) se entiende que todo el hábitat forma una unidad que no puede ser destruida, a su vez constituye una plataforma para la cosmovisión indígena”.⁷⁶

1.6 Reivindicaciones de los Pueblos Indígenas Frente a la Consolidación del Derecho al Territorio

Se concluye este apartado haciendo eco a las palabras de Arturo Escobar, para quien los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios se consolidan a partir de dos grandes procesos entrelazados: *la problematización de las identidades nacionales*, concomitantemente con la emergencia de los conocimientos e identidades indígenas; y *la problematización de la vida*, que emana del reconocimiento de la destrucción ambiental ocasionada, principalmente, por la evolución de las actividades extractivas⁷⁷. Como se trató de presentar aquí, estos dos procesos reflejan la resistencia histórica al mandato del progreso y posteriormente del *desarrollo*.

Hay una estrecha relación entre las actividades extractivistas y la emergencia de la territorialidad indígena. Como se demostró aquí, los Estados latinoamericanos, de manera general, sufrieron presión de los pueblos indígenas y fueron gradualmente reconociendo su diferencia cultural y la relación que estos mantienen con sus territorios en sus ordenamientos jurídicos. En lo que se refiere al reconocimiento de dicha diferencia, cabe destacar que, desde el punto de vista jurídico, esta pasó por un proceso de valoración que permitió que el asimilacionismo y integracionismo fueron sustituidos por el multiculturalismo y la pluriculturalismo. En el caso de Ecuador y Bolivia este proceso es aún más intenso en la medida en que estos Estados se reconocieron como plurinacionales.

Pero más allá del reconocimiento constitucional de la diferencia cultural como hecho fundacional de las naciones, el “giro ecoterritorial” articulado por el discurso y práctica política de los pueblos indígenas logró también promover una importante vinculación entre defensa de las cosmovisiones y la preservación del medio ambiente. Esta vinculación expresa las características elementales de la territorialidad indígena, que se muestra diferente de la moderna occidental en la medida en que se basa en la relación ser humano-comunidad-naturaleza.

El Convenio OIT 169/89 inaugura el reconocimiento de las diferencias culturales de los pueblos indígenas en la normativa internacional, avanzando considerablemente en el

⁷⁶ Ramírez, S. 2017

⁷⁷ Escobar, A. 2015 pg. 19

reconocimiento de la territorialidad indígena y consolidando el territorio como elemento central en la protección de sus derechos humanos. El Convenio generó nuevas obligaciones para los Estados, que muestran resistencia y dificultades en cumplirlas. En lo que se refiere al derecho al territorio, la CIDH⁷⁸ alerta para el hecho de que este es sistemáticamente incumplido por los Estados en la medida en que estos no realizan la consulta libre, previa y informada con lo cual se comprometieron al ratificar el Convenio OIT 168/89, ni tampoco garanten a los pueblos en control de sus territorio y recursos.

Nos recuerda Álvarez, que los Estados se niegan a reconocer la jurisdicción indígena y el ejercicio pleno de sus derechos territoriales porque estos vulneran su capacidad de incidir y controlar la planificación y diseño de proyectos de *desarrollo*, que en su mayoría están vinculados al extractivismo:

“Aludiendo a la pérdida de soberanía y al menoscabo de la integridad territorial (ambos pilares del modelo de Estado-nación moderno y elementos fundamentales del monismo jurídico) los Estados se oponen a la plena observancia de los derechos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales y a las leyes, instituciones y autoridades indígenas ligadas a tales derechos, dado que ello limita considerablemente su capacidad de acción y decisión”.⁷⁹

Los Estados, incluso aquellos ratificaron el Convenio OIT 169/98 y hicieron esfuerzos para adaptar sus ordenamientos jurídicos, optan por proteger las actividades extractivas en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas. Siendo así, lo que se observa es la avanzada del *neextractivismo* y la implementación de los enclaves. En este sentido, la opción por obedecer al mandato de desarrollo hace con que los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios pierdan su eficacia y que, frecuentemente, no encuentren correspondencia. En resumen, se revela una importante contradicción en la cual al mismo tiempo en que se verifican garantías a los pueblos indígenas en sede constitucional, también se observan maniobras legislativas que facilitan la implementación de los enclaves.

Para Yrigoyen Fajardo:

“La incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas en sede constitucional, así como la ratificación de tratados de derechos humanos que entraron a formar parte del bloque de constitucionalidad generaron, de alguna manera una inflación de derechos sin correspondencia con los mecanismos institucionales para hacerlos efectivos. Tales cambios constitucionales dejaron pendiente una tarea aún incompleta de revisión de todo el derecho constitucional,

⁷⁸ Organización de los Estados Americanos (OEA), “Anexo al Comunicado de Prensa CIDH culmina el 149 período de sesiones”, comunicado de prensa, 8 de noviembre de 2013 [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/083A.asp>.

⁷⁹ Álvarez, Y. 2018 pg. 109

administrativos, civil, penal, etc. para poder dar cuenta de los nuevos derechos y atribuciones públicas reconocidos a los pueblos indígenas y otros colectivos.”⁸⁰

En la medida en que los pueblos indígenas pueden evocar las garantías constitucionales – que se consolidaron a través del desarrollo de los ciclos constitucionales presentados en este apartado –, y los compromisos internacionales adquiridos por los Estados, hubo un cambio considerable en sus reivindicaciones. Actualmente, los pueblos indígenas ya no reclaman el derecho de acceder a la justicia estatal y derechos sociales como pasó a principios del siglo XX, sino que pasaron exigir la demarcación de sus tierras y reclamar su ejercicio de potestades públicas en sus territorios previstas en las constituciones adaptadas al cumplimiento de las normativas internacionales.

Frente al actual ofensiva del *neoextractivismo* a sus territorios y al incumplimiento de las obligaciones del Estado, los pueblos indígenas organizan levantamientos, buscan la solidaridad internacional y hacen uso del litigio estratégico nacional e internacional, utilizando el corpus de derechos conquistados para exigir sus derechos territoriales.

En el próximo apartado se presentará como la adopción del litigio estratégico por los pueblos indígenas tuvo impactos en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y como esta estrategia jurídica llevó la territorialidad indígena a irrumpir en el sistema interamericano de derechos humanos. Como veremos, la interpretación del juez interamericano no solamente confirmó la relevancia del derecho al territorio para el disfrute de todos los otros derechos humanos de los pueblos indígenas, como también consolidó en la jurisprudencia derechos innominados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁸⁰ Yrigoyen Fajardo, R. 2016, pg. 175

2. La Irrupción de la Territorialidad Indígena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En este apartado se presentará cómo el sistema interamericano de derechos humanos recibe las demandas de los pueblos indígenas y cómo el acogimiento de dichas demandas produjo importantes innovaciones en la lectura de los derechos humanos previstos en los instrumentos normativos de dicho sistema. Como veremos, estos instrumentos están fundados en la tradición liberal y no tienen contenidos de especificidad cultural, ni tratan grupos específicos.

Es interesante observar que si por un lado, las constituciones nacionales asumen el carácter multicultural y plural de las naciones, el sistema interamericano, *a priori*, no posee este tipo de característica. En la medida en que los pueblos indígenas han accedido a la Corte Interamericana con sus demandas, este tribunal se ha visto obligado a considerar la diferencia cultural indígena y la especial relación que ellos mantienen con sus territorios para garantizarles y hacer efectivos sus derechos humanos. Así el reconocimiento de la territorialidad indígena se sedimenta en la jurisprudencia de La Corte y como consecuencia en el derecho internacional.

Precisamente, lo que este apartado quiere poner en evidencia es que la irrupción de las especificidades culturales de los pueblos indígenas, que orbitan fundamentalmente alrededor de la relación que estos mantienen con sus territorios, emerge de los contextos nacionales produciendo desplazamientos y reinterpretaciones de conceptos tradicionales del Derecho clásico. De esta manera, la presión por el reconocimiento jurídico de la territorialidad indígena y por la garantía de los derechos que de este se despliegan transpone el ámbito nacional e irrumpe en el ámbito internacional, lo que indudablemente significa un importante avance en la condición de sujeto de derechos de los pueblos indígenas.

2.1 El Litigio Estratégico

Frente a la persistencia del *desarrollismo extractivista*, que sigue avanzando sobre sus territorios, perpetrando violaciones y vulneraciones de sus derechos, los pueblos indígenas se articulan política y jurídicamente. Respaldados por las garantías de las constituciones nacionales y las normativas internacionales, ellos adoptan al litigio estratégico como estrategia jurídica y demandan a los Estados en La Corte Interamericana de Derechos Humanos para hacerles cumplir con sus compromisos.

El *Litigation Report*, de la organización *Justice Initiative*, afirma que el litigio estratégico en derechos humanos tiene como objetivo la promoción de cambios sociales a favor

de individuos y grupos “sin voz”, a través de la ley⁸¹. En esta misma dirección, en una publicación especializada en el tema de la *School of Law* de la Universidad de Columbia, el litigio estratégico es definido como una demanda judicial de interés público, que fuerza la interpretación de la ley por parte del sistema de justicia, haciendo que las cortes redefinan derechos previstos en constituciones, estatutos y tratados violados por el Estado; además, el litigio estratégico también puede influenciar la aplicación de leyes que existen y que son subutilizadas o ignoradas⁸².

Sin embargo, no toda violación de derechos humanos puede o debe ser tratada por un litigio estratégico. Es reconociendo el “carácter polivalente”, entre la litigación jurídica y la incidencia política, que Baker y Carvalho consideran que son cuatro las situaciones en las cuales el litigio estratégico es pertinente. Estas situaciones son: a) *cuando el derecho no es observado, ni en lo sustantivo ni en lo procedimental*; b) *cuando hay discordancia entre el derecho interno y los estándares internacionales*; c) *cuando no hay claridad en el derecho existente*; d) *cuando la ley se aplica reiteradamente de manera inexacta y/o arbitraria*.⁸³

Como ya se dijo en el apartado anterior, pese el reconocimiento de la diferencia cultural y de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en los ordenamientos jurídicos nacionales, los Estados aún no lograron hacerlos eficaces. En este sentido, las situaciones indicadas se replican de diferentes maneras y con diferentes intensidades en los países latinoamericanos, tornando al litigio estratégico como una herramienta relevante en la actualidad.

Para mover un litigio contra el Estado, las comunidades y pueblos indígenas suelen conformar una “red de aliados” para auxiliarlos en la construcción y seguimiento de las peticiones. Esta red, generalmente está formada por organizaciones no gubernamentales, antropólogos, ambientalistas, economistas, abogados y entidades y debe ser comprendida como parte de la estrategia jurídica.

La articulación de dicha red es una opción : el artículo 46 de la Convención Americana, que trata sobre los requisitos mínimos de una petición para que su tramitación sea admitida; el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana, que trata sobre la presentación de peticiones; y el artículo 28 del Reglamento de la Corte, que trata sobre la presentación de escritos, determinan que la inscripción de las demandas en el sistema interamericano de Derechos Humanos no está condicionada a la figura de un abogado ni a cualquier otro profesional calificado. Sin Embargo, aunque tales artículos sean representativos para el acceso

⁸¹ Skilbeck, 2013 In: Baker, E y Carvalho, S, 2014 pg 13

⁸² Rekosh; Buchko; Tervieza, 2001 In: Baker, E y Carvalho, S, 2014. pg 13

⁸³ Contreras, 2011 In: Baker, E y Carvalho, S, 2014. pg. 15

de los pueblos indígenas al sistema interamericano, esto no significa que el conocimiento jurídico no sea relevante para la conducción del litigio.

Para Marissol de La Cadena, el apoyo de aliados “no indígenas” confieren carácter “más moderno” y “legítimo” frente a los tribunales ya que, precisamente, el lenguaje y contenido científico y político manejado por los “aliados” permean más fácilmente la interpretación jurídica, es decir, la articulación de las demandas en el *lexico* moderno crean puentes de significación sólidos con los contenidos del Derecho Moderno.⁸⁴ La utilización de dicho *léxico* aún representa “un calificador” relevante de la demanda judicial, ya que la cultura jurídica aún se encuentra profundamente marcada por el monoculturalismo, además de que exista cierta resistencia en los sistemas de justicia en asumir el complejo reto que representan las diferencias culturales.

Al adoptar el litigio estratégico e ingresar al universo jurídico moderno con apoyo de sus “aliados”, los pueblos indígenas no abdicar de su cosmovisión: al contrario, la judicialización de la causa indígena es una estrategia de resistencia y defensa. Cabe recordar aquí las proposiciones de Néstor Gracia Canlini, que afirmaba que en las sociedades latinoamericanas - principalmente los grupos que guardan diferencias culturales más profundas - se caracterizan por mantener “un pié adentro y otro afuera de la Modernidad Occidental”, “entrando y saliendo de ella” para comunicar su identidad cultural y hacer sobrevivir sus culturas⁸⁵.

Lo que se quiere destacar aquí es que, en la medida en que los Estados fallan en garantizar los derechos de los pueblos indígenas, estos recurren al sistema interamericano, llevando la diferencia cultural y la territorialidad indígena a ser materia interpretada por los tribunales internacionales. Así, los pueblos indígenas, con todas sus especificidades, irrumpen en la arena del derecho internacional.

2.2 El Sistema Interamericano

La emergencia de los pueblos indígenas como colectivos demandantes en el sistema interamericano de derechos humanos provocó la evolución de sus derechos, principalmente en relación a los contenidos del derecho al territorio. Para comprender este proceso, cabe presentar al sistema interamericano, que posee características que propiciaron la evolución de los derechos indígenas y permitieron la profundización del reconocimiento de la territorialidad indígena.

⁸⁴ De La Cadena, M. 2009

⁸⁵ Canlini, N. 2001.

El actual sistema interamericano de derechos humanos se remonta a los orígenes de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), que tiene inicio en 1889/90, en la Primera Conferencia Internacional Americana. En esta ocasión, fue creada la Unión Internacional de Repúblicas Americanas que consistía en la construcción de una “red de disposiciones e instituciones”, la cual se llamó de “sistema interamericano”. La OEA, como se conoce actualmente, fue creada en 1948 en ocasión de la subscripción de la “Carta de la OEA”, que entró en vigencia en 1951. Actualmente, la OEA reúne 35 países de las Américas y representa un foro gubernamental, político, jurídico y social bastante significativo en materia de Derechos Humanos.

Los contenidos de la Carta de la OAE afirman que la protección y garantía de los derechos de las personas son los principios fundacionales, reflejando la prevalencia del liberalismo en la constitución de dicha organización. De estos principios también se despliegan los contenidos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre (en adelante Declaración Americana), la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante La Corte).

La Declaración Americana consolida y sistematiza los principios de la OEA dirigidos hacia la protección y desarrollo de los "derechos fundamentales de la persona humana", y afirma el reconocimiento de los Estados-parte en base a que “los derechos fundamentales no son vinculados al hecho de ser nacional de ningún Estado sino que se fundamentan en la persona humana”⁸⁶. El destaque hacia la centralidad en la persona como sujeto de derechos se justifica ya que, como se verá más adelante, la emergencia de los colectivos indígenas como sujetos de derecho provocó su reinterpretación en dirección al reconocimiento de sus derechos colectivos.

La creación CIDH quedó establecida por el Artículo 106, Capítulo XV de la Carta de la OEA. Este es el órgano principal de la OEA, que tiene como objetivo “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo en esta materia”⁸⁷. Creada en 1959, comenzó sus actividades de visita y observación en los países americanos dos años después y solamente a partir de 1965 empezó a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre *casos individuales* que apuntaban a la violación de derechos humanos. Hasta 2011, ya había más de 19 mil casos procesados o en estado de procesamiento⁸⁸.

⁸⁶ OEA, 1948

⁸⁷ OEA, 1948

⁸⁸ CIDH, último acceso 16 de agosto de 2019

La Corte fue creada concomitantemente con la CIDH, como un órgano independiente de la OEA, pero solo pudo establecerse en 1978, cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue ratificada por 25 países⁸⁹. De acuerdo con el artículo 61 de la Convención, apenas los Estados parte y la CIDH pueden someter un caso a la decisión de La Corte. Siendo así, los pueblos indígenas someten sus demandas a este órgano y es este último quien lo lleva al tribunal. El artículo 63 de la Convención establece que cuando haya violación de un derecho o libertad protegida por este, La Corte dispondrá que se garantice al lesionado su derecho o libertad y que se reparen las consecuencias de la vulneración de estos derechos y libertades. El artículo 64 establece que La Corte ejerce también una función consultiva y que los Estados pueden asesorarse en cuanto a la interpretación de los tratados relevantes para la garantía de los Derechos Humanos en las Américas y/o para opinar sobre la compatibilidad de sus leyes internas en relación a instrumentos internacionales⁹⁰.

2.2.1 Evolución del Sistema Interamericano en Materia de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales

Para exponer correctamente la evolución de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano cabe recordar la Carta Internacional Americana de Garantías del Trabajador que fue formulada en la IX Conferencia Panamericana en 1947, siendo el primer instrumento del sistema interamericano en tratar la temática indígena. No obstante, se verifica en la redacción de su Artículo 39, una perspectiva integracionista, consonante con el abordaje hacia el indígena que prevalecía en la época:

“En los países en donde exista el problema de la población aborigen se adoptarán medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación.”⁹¹

La evolución de la materia en el derecho internacional gana intensidad después de la promulgación del convenio OIT 169/89, que, como ya ha sido dicho en el apartado anterior, contribuyó considerablemente para cambiar la perspectiva. Pese a la influencia de este convenio para el reconocimiento de las diferencias culturales de los pueblos indígenas, los instrumentos normativos del sistema interamericano están fundados en principios liberales y no abarcan ninguna especificidad cultural, ni tampoco aluden a ningún colectivo específico. Por esta razón, las primeras posiciones de la CIDH sobre los derechos de los pueblos indígenas no enfatizaron

⁸⁹ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela

⁹⁰ OEA, 1969

⁹¹ OEA, 1947

sus especificidades culturales y trataron los casos de estas poblaciones como casos de sumatorias de individuos.⁹²

Es a partir de los años noventa que esta situación se modifica y comienza la aproximación del sistema interamericano con las especificidades de la territorialidad indígena. La evolución de la materia en el sistema interamericano se da fundamentalmente en la jurisprudencia de La Corte, pero también se manifiesta en la elaboración de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de 2016⁹³ (en adelante DADPI).

Hacia finales de la década de 90, precisamente en 1997, los Estados parte de la OAE pasaron a dedicarse a la elaboración de un instrumento jurídico que tratase específicamente de los derechos de los pueblos indígenas. Esta iniciativa resultó en la DADPI y debido a su reciente aprobación, sus impactos aún están por ser mensurados. Igualmente, se puede decir que la DADPI es el resultado del reconocimiento de las especificidades culturales y de la condición de vulnerabilidad de los pueblos indígenas en las Américas, lo que muestra una genuina preocupación de la CIDH en evolucionar la materia en el ámbito interamericano.

2.2.3 Estándares en Evolución

Uno de los factores centrales para la evolución de derechos al territorio de los pueblos indígenas en el sistema interamericano, es que sus principales instrumentos normativos son permeables a fuentes externas de derecho. La Convención Americana, por ejemplo, reconoce los “estándares en evolución”⁹⁴, que logran que la interpretación de sus contenidos se basen en la evolución del derecho internacional en materia de derechos humanos. Como Convención no abarca las especificidades culturales y su interpretación debe ser realizada a la luz de otros instrumentos internacionales que tratan sobre la materia.

En este sentido, cabe destacar la especial relevancia de la Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (en adelante DIPI) y el Convenio OIT 169 en jurisprudencias de La Corte. La DIPI y el Convenio OIT 169/89 se formularon con el sentido de proteger las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural, el derecho al territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales.⁹⁵

Tanto el Convenio OIT 169/89 como la DDPI reconocen el derecho de posesión de las tierras y territorios tradicionalmente “ocupados o utilizados” por los pueblos indígenas, pero, la segunda incluye también el término de “adquirido”. Además, ambas normativas abarcan el

⁹² Estupiñán Silva, R y Ibañez Rivas, JM. 2016 pg. 302

⁹³ OEA, 2007

⁹⁴ Quispe Remón, 2009, pg. 5

⁹⁵ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 124.

derecho al control sobre los territorios y al ejercicio del derecho consuetudinario, lo que tuvo un profundo impacto en el desarrollo de fórmulas de pluralismo jurídico. También, las normativas afirman que el respeto a la territorialidad indígena y la garantía del derecho al territorio que de esta se despliegan, son fundamentales para garantizar derechos humanos a los pueblos indígenas.⁹⁶

Es interesante observar que si estas normativas tuvieron influencia en la consolidación de la jurisprudencia de La Corte, esta a su vez inspiró directamente la elaboración de la DADPI, quien guarda similitud con la DDPI en la medida en que reconoce los derechos territoriales en los mismos términos, pero se distancia de ella al hacer referencia a “formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural”, reflejando así el reconocimiento de relación fundamental entre vida y territorio. La alusión a la “propiedad” revela la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH en la DADPI, ya que este tribunal fundamenta el derecho territorial de los pueblos indígenas bajo el amparo del derecho de propiedad previsto por el Artículo 21 de la Convención Americana, mientras que la DDPI no establece vínculo directo a este derecho.

2.3 Interpretación Dinámica Orientada a la Multiculturalidad

En la medida en que los pueblos indígenas comenzaron a demandar a los Estados en La Corte, esta produjo una serie de innovaciones en la interpretación de los derechos previstos por la Convención Americana, con el objetivo de adaptarlos a sus especificidades culturales. Tales innovaciones fueron significativas para el desarrollo de los contenidos de los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere al derecho al territorio.

En este proceso de innovación, la territorialidad indígena ganó especial relevancia en la interpretación jurídica ya que se comenzó a considerar la especificidad de la relación entre ser humano/comunidad/naturaleza que se materializa en el territorio. Este abordaje marcó un primer paso para la apertura del sistema interamericano, fundado en la tradición liberal-occidental hacia a un diálogo intercultural, ya que, como se verá más adelante, produjo desplazamientos y reinterpretaciones de categorías del Derecho Clásico, como “la persona” y la propiedad.

Para caracterizar la evolución de los derechos humanos de los pueblos indígenas, principalmente en lo que se refiere a la centralidad del derecho al territorio, se tomará como base el análisis realizado por Estupiñán Silva e Ibañez Rivas en *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Pueblos Indígenas y Tribales*⁹⁷.

⁹⁶ Álvarez, Y. 2017 pg. 7

⁹⁷ Estupiñán Silva, R y Ibañez Rivas, JM, 2014

El trabajo de las autoras presenta los conceptos y el método de la decisión judicial, destacando los efectos del enfoque multicultural en la lectura de los derechos convencionales, que generaron incluso derechos innominados. A dicho método las autoras lo llamaron de *método de interpretación dinámico multicultural*. El análisis no solo enumera los contenidos desarrollados en la jurisprudencia de La Corte, sino que además establece relación entre los derechos humanos de los pueblos indígenas, reflejando su indisociabilidad. En este sentido, se puede decir que no hay una jerarquía de los derechos de este grupo, no obstante, lo que se observa es que la territorialidad indígena permea los contenidos de todos ellos, ubicando el derecho al territorio como punto central para la garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Las autoras, al referirse al método aplicado por La Corte como “dinámico”, enfatizan el hecho de que la consulta del Convenio OIT 169/89 y de la DDPI marcó jurisprudencia en la materia. En el caso *Saramaka vs Surinam* (2007), por ejemplo, La Corte se basó en el Convenio OIT 169/89, que a pesar de ser externo al sistema interamericano y de no estar ratificado por el país, contribuyó para la identificación de la inherencia del derecho de propiedad comunal.⁹⁸ También destacan que desde 2007, La Corte pasó sistemáticamente a utilizar la DDPI como derecho aplicable.⁹⁹

Para las autoras, el *método de interpretación dinámico multicultural*, en la medida en que incorporó el derecho consuetudinario indígena, los principios tradicionales de las comunidades autóctonas y los componentes de la cosmovisión indígena abarcados por las fuentes externas de derecho, abrió camino “hacia el respeto de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas y tribales”, rompiendo con el “positivismo clásico del occidente” y confiriendo mayor eficacia a los mecanismos de protección, sin romper con la “armonía del sistema”.¹⁰⁰

La aplicación del *método* no se restringió a la diversidad de fuentes de derecho. La Corte logró también establecer un consenso regional en materia de derechos de los pueblos indígenas, que para las autoras resultó en “un florecimiento conceptual en el seno del sistema interamericano”. En este proceso se destaca la relevancia del reconocimiento de *contenidos culturales inherentes* de los derechos convencionales, que como se verá más adelante tuvo considerables impactos en lo que se refiere a las obligaciones de los Estados previstas por la Convención Americana.

⁹⁸ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007 párs. 92-93, 129-134. In: Estupiñán Silva y Ibañez Rivas, 2014

⁹⁹ Corte IDH, caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012 párr. 160 y nota 178 In: Estupiñán Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹⁰⁰ Estupiñán Silva, R y Ibañez Rivas, JM. 2014, pg. 308

2.3.1 Los Contenidos Multiculturales Inherentes

La Corte consideró a la identidad y a la diversidad cultural como conceptos relevantes tanto en lo que se refiere a la efectividad de la norma jurídica¹⁰¹, como así también para atender el principio *pro homine (pro personae)*¹⁰². Para Estupiñan Silva e Ibañez Rivas, al adoptar la interpretación *pro homine multicultural*, el tribunal puso la identidad cultural como principio transversal de interpretación jurídica, tornando aún más propicia la adaptación de los derechos convencionales y el enriquecimiento del contenido de los derechos aplicables a los pueblos indígenas.¹⁰³ En este sentido, dicho método interpretativo dio lugar a la construcción de *contenidos multiculturales inherentes*.

Un ejemplo de la aplicación de esta interpretación fue la identificación de los usos y costumbres de los pueblos indígenas como componentes del derecho a la vida (Artículo 4 de la Convención), lo que redefinió “la vida misma” a partir de la consideración de la transgeneracionalidad y la transtemporalidad que se despliega de la relación entre ser humano, comunidad y naturaleza.

También se consolidaron como contenidos multiculturales inherentes del derecho a la vida: “el restablecimiento del vínculo entre los vivos y los muertos¹⁰⁴, el derecho a enterrar sus muertos y a completar el ciclo místico que los une a los vivos dentro de la comunidad tradicional¹⁰⁵ y la vida digna entendida como el goce a los derechos de propiedad de los territorios tradicionales¹⁰⁶. Esta última, abarca la conservación medioambiental ya que, para los pueblos indígenas, la relación entre la comunidad y la naturaleza es sagrada y comprende a los vivos, los muertos y sus divinidades. Estas interpretaciones del convencional derecho a la vida, como se observa, se alejan considerablemente de la interpretación de dicho derecho aplicado a las personas no indígenas y ponen en evidencia cómo la territorialidad indígena pasó a ser un componente de la interpretación jurídica.

2.3.2 Identidad Cultural como Principio Jurídico

Como ya se ha expuesto anteriormente, Estupiñan Silva e Ibañez Rivas destacaron que la interpretación *pro homine multicultural*, puso a la identidad cultural como principio transversal de interpretación. Siendo así, se torna necesario profundizar su significado,

¹⁰¹ Corte IDH, *Bámaca Velásquez vs Guatemala* (Fondo), opinión separada del juez Antônio Cançado Trindade, pár. 24. In: Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹⁰² Artículo 29-b: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el “sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados(...)”. In: Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014, pg. 313

¹⁰³ Idem

¹⁰⁴ *Bámaca Velásquez* (Fondo), vs Guatemala, pár. 145-f In: Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014 pg. 315

¹⁰⁵ Corte IDH *Saramaka vs Surinam*, 207 párs. 120-122 In Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹⁰⁶ Corte IDH *Mayagna- Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001 párs. 116-118; *Sarakayu vs Ecuador*, 2012 pár. 145 In Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014

especialmente porque este principio aplicado a los pueblos indígenas expresa la intrínseca relación entre identidad cultural indígena y territorio.

Las autoras destacan que, en la medida en que el método dinámico recurrió a las fuentes externas de derecho, se sedimentó en la jurisprudencia de La Corte la “rehabilitación del pluralismo jurídico”. Este tema, como se vio en el apartado anterior, fue contemplado principalmente por el Convenio OIT 169/89¹⁰⁷. Según ellas, la “rehabilitación del pluralismo jurídico” en la jurisprudencia de La Corte dio lugar a la consolidación de la identidad cultural como principio jurídico.

Como ejemplo, en el caso *Bámaca Velasquez vs. Guatemala* (2000), La Corte hizo valer la cosmovisión indígena para analizar las consecuencias culturales de una desaparición forzada, superando el enfoque en las víctimas individuales¹⁰⁸. En este caso, la interpretación del juez, a luz de la identidad cultural de las víctimas, consideró “la unidad del género humano entre los vivos y los muertos y la relevancia central de este vínculo en el seno de la cultura maya”.¹⁰⁹

En lo que se refiere a la participación política, el tribunal reiteró la identidad cultural como principio jurídico en la sentencia del caso *Yatama vs Nicaragua* (2005), en cual el juez entendió que el Estado imponía prácticas de participación política no adaptadas a la cultura de la comunidad, excluyendo así a sus líderes de las listas de candidatos e imposibilitando la elección de un representante que contribuyera para “establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y tribales”.¹¹⁰

En los casos *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) y *Sawhoyamaya vs Paraguay* (2006), el juez evocó e interpretó los Artículos 24 (igualdad ante la ley) y 1.1 (obligación de respetar y garantizar los derechos) de la Convención, para fundamentar la obligación de los Estados en interpretar y aplicar la normativa interna referente al procedimiento administrativo de manera tal a hacer efectiva la reivindicación de los territorios de los pueblos indígenas.¹¹¹¹¹² Estos artículos también basaron la obligatoriedad de los Estados en reconocer la personalidad jurídica de

¹⁰⁷ Yrigoyen Fajardo, R.2012

¹⁰⁸ Corte IDH, *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de reparaciones y costas, 10 de septiembre de 1993, párs. 17-20, 64. In Estupiñán Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹⁰⁹ Corte IDH, *Moiwana vs Surinam* 2005, párs. 99-100; 26 Corte IDH.; Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, pár. 145-f. In Estupiñán Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹¹⁰ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005 pár. 227-229. In Estupiñán Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹¹¹ Corte IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay* sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010 pár. 51 In Estupiñán Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹¹² Corte IDH, *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006 In Estupiñán Silva y Ibañez Rivas, 2014

pueblo, “tomando en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”.¹¹³

En 2010, La Corte produjo el último avance en el reconocimiento de la identidad cultural como principio jurídico en la sentencia del caso *Xákmok Kásek vs Paraguay*, donde consideró que “la identificación como comunidad es un hecho histórico/social que forma parte de la autonomía y que no corresponde al Estado o a los tribunales determinar”.¹¹⁴ En esta proclamación, queda en evidencia la consulta al Convenio OIT 169/89, que en su Artículo 1.2 establece que la conciencia colectiva de la identidad cultural es un factor fundamental para determinar el carácter indígena de una comunidad.

Cabe observar que el reconocimiento de la identidad cultural como principio jurídico se despliega fundamentalmente de la *especial* relación que los pueblos indígenas mantienen con sus territorios, es decir, del reconocimiento de la territorialidad indígena, que, según Bringas, “otorga sustantividad propia a la identidad indígena”.¹¹⁵ En la misma dirección, Silvina Ramírez afirma que la identidad indígena es intrínseca al territorio que los pueblos indígenas habitan y ocupan. Desde esta constatación, la protección de la identidad se da a partir de una base en donde se desarrolla la vida, la cultura y la espiritualidad, y en donde se plasma su cosmovisión.¹¹⁶ Esta perspectiva que traen Bringas y Ramírez se identifica fácilmente en los ejemplos de aplicación de la identidad cultural presentados anteriormente.

Ramírez afirma que la identidad cultural indígena se “retroalimenta” a través de la relación del colectivo con el espacio físico y sin él, se torna imposible su supervivencia. Para la autora, la protección del territorio se trata en realidad de “proteger una cosmovisión, una idea de colectividad, una forma de vivir comunitariamente que requiere de un lugar en donde desplegarse”. En esta perspectiva, queda aún más evidente que la relación entre territorio e identidad teje un “entramado de derechos estrechamente vinculados”.¹¹⁷

Por su parte, Bringas considera que la territorialidad es un contenido inherente a la “corporalidad identitaria” de los pueblos indígenas, y por ello, está estrechamente vinculada al derecho a la vida. Para el autor, la identidad cultural como principio jurídico impulsa la construcción de un importante instrumental para forjar “una dogmática intercultural de los

¹¹³ Corte IDH, *Yakye Axa, Paraguay*, pár. 51; Corte IDH, *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, párs. 59-60, 89, 95. In Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹¹⁴ 28 Corte IDH, *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010 par 37. In Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹¹⁵ Bringas, A.M. 2008 pg. 172

¹¹⁶ Ramírez, S. 2016 pg 16

¹¹⁷ Idem pg 16

derechos humanos”, principalmente porque al aplicarse a los pueblos indígenas, este principio pone en evidencia su relación con el hábitat.¹¹⁸

Teniendo en cuenta los aportes de Ramírez y Bringas, queda en evidencia que la territorialidad es intrínseca a la identidad cultural indígena. En la medida en que La Corte adopta la identidad cultural como principio jurídico, en consecuencia, adopta también aunque implícitamente, los aspectos esenciales de la territorialidad indígena. Es decir, el reconocimiento de la relación de los pueblos indígenas con los territorios que habitan y ocupan pasa a ser un componente del principio orientador de la interpretación jurídica.

Cabe destacar que, mientras la identidad cultural como concepto trata de un aspecto simbólico, la territorialidad indígena, además de contener dicho aspecto guarda también una dimensión material: el territorio. A partir de esta constatación, se puede afirmar que la adopción de la identidad cultural como principio jurídico conllevó a que los derechos indígenas pasasen a estar estrechamente asociados a la materialidad del territorio y que, el derecho al territorio llevase al centro de la constelación de derechos humanos de los pueblos indígenas.

La relevancia de la identidad cultural como principio jurídico, sistemáticamente incorporado a la interpretación jurídica, contribuyó enormemente para que se desarrollasen contenidos y se aumentase la eficacia de los derechos convencionales. De esta manera, el impacto de la adopción de dicho principio en la jurisprudencia de La Corte hizo que la identidad cultural pasara a ser considerada un derecho en sí mismo. Es aquí que queda marcado el alcance del método de interpretación dinámico multicultural, que además de desarrollar contenidos multiculturales inherentes, también fue capaz de generar derechos no expresamente nominados en la Convención Americana.

Los llamados “derechos innominados”, son precisamente aquellos que tuvieron sus contenidos definidos en la propia evolución de la jurisprudencia en la medida en que la identidad cultural se definió como “ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos”¹¹⁹ de los pueblos indígenas, La Corte, constituyó a la identidad cultural como un “derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”.¹²⁰ A partir de esta declaración y de todo lo anteriormente mencionado, queda en evidencia la razón por la cual el derecho al territorio es fundamental en el caso de los Estados latinoamericanos que asumieron su carácter multicultural y plural.

¹¹⁸ Bringas, AM. 2008 pg 172

¹¹⁹ Estupiñán Silva, R y Ibañez Rivas, JM. 2014

¹²⁰ IDH, Sarayaku VS Ecuador, sentencia de fondo y reparaciones, párs. 213 In Estupiñán Silva y Ibañez Rivas, 2014

2.3.3 Los Contenidos Multiculturales Inherentes del Derecho a Propiedad

Estupiñan Silva e Ibañez Rivas destacan que entre todos los derechos que se desarrollaron como contenidos multiculturales inherentes, el de la propiedad, previsto por el Artículo 21 de la Convención, fue el más privilegiado. La construcción multicultural de los contenidos del derecho a la propiedad gana mayor consistencia en la sentencia del caso *Mayagna- AwasTingni vs Nicaragua* (2001) en el cual el juez hizo constar la imposibilidad de aplicarse la definición de propiedad del derecho romano a las nociones indígenas y tribales de propiedad.¹²¹

Para la interpretación del derecho a la propiedad, también fueron tomados en cuenta el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena¹²² y la noción de cosmovisión ancestral de los territorios tradicionales¹²³. Además, fue fundamental la identificación de formas de propiedad tradicional y de derechos preexistentes “que trascienden” a los territorios reivindicados, con los cuales los pueblos indígenas mantienen vínculos espirituales¹²⁴ y de los cuales se despliega el vínculo comunitario con los recursos naturales de uso tradicional¹²⁵.

Las autoras destacan que el desarrollo de los contenidos multiculturales inherentes del derecho a la propiedad, reflejan la prevalencia del principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, ya que en la interpretación de este derecho el juez interamericano consideró que el goce de los recursos naturales del territorio es un elemento central para preservar las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas. De esta manera, los derechos sociales, económicos y culturales pasaron a ser indispensables para la construcción de los contenidos multiculturales inherentes del derecho a la propiedad privada.¹²⁶

Asier Bringas, desde una posición optimista, enfatiza que, *la dimensión colectiva de los derechos a la propiedad indígena* no solo sedimentó la aproximación de La Corte a la territorialidad indígena, sino que abrió un precedente para la fundamentación y construcción de los derechos humanos de forma tal a complementar la perspectiva “individualista de la cosmovisión occidental-moderna-liberal”¹²⁷. Para el autor, esta aproximación abrió paso para el

¹²¹ Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001 párs. 147-153 In Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹²² Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001 In Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹²³ Corte IDH, Yakye Axa vs. Paraguay sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010 pár. 135-147 In Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹²⁴ Corte IDH, Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, párs. 59-60, 89, 95. In Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹²⁵ Corte IDH, Mayagna- Awas Tingni vs Paraguay, párs. 116-118; Corte IDH, Sarayaku VS Ecuador, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012 párs. 145; Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007 párs. 120-122 In Estupiñan Silva y Ibañez Rivas, 2014

¹²⁶ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007 121; Corte IDH, Sarayaku VS Ecuador, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012 pár. 230 In: Estupiñan Silva. R y Ibañez Rivas. JM, 2014

¹²⁷ Bringas, AM. 2008, pg. 172

reconocimiento de la dimensión colectiva del derecho a la propiedad indígena y puede incidir positivamente en el reconocimiento de los derechos de otros sujetos en diversas “situaciones geopolíticas”. Destaca también que este precedente tiene gran potencial, ya que de él se puede desplegar “toda una *ontología colectiva* de los derechos humanos”¹²⁸ a ser explorada por las ciencias jurídicas y sociales¹²⁹.

En cuanto al *origen consuetudinario del derecho de propiedad comunal indígena*, Bringas señala que su reconocimiento contrasta con el Derecho positivo occidental, ya que este último prevé la “exigencia de formas escriturísticas” para poder considerar un derecho como válido y legítimo. El autor alude a la misma sentencia que Estupiñán e Ibanez¹³⁰ para destacar que, yendo en la mano contraria al derecho positivo de tradición liberal, La Corte remarca que:

“El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de Tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”¹³¹.

Bringas, que se dedica exclusivamente a analizar la interpretación del derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte¹³², reconoce que, pese a la influencia de la tradición liberal, la manera como el derecho a la propiedad colectiva indígena es tratada en el sistema interamericano de derechos humanos:

“no supone co-propiedad, en cuanto traslación analógica del concepto de propiedad liberal. Supone, de manera simultánea, una consideración individual, comunitaria y supra-comunitaria. Implica espacios de todas las personas y a su vez de ninguna. Comprende derechos de las antiguas y de las futuras generaciones. La propiedad indígena nunca es estrictamente absoluta o exclusiva; existe siempre un conjunto de mediaciones que actúan como restricciones o limitaciones a esa absolutez o totalidad, como son las familiares, las comunitarias, las supra-comunitarias, etc.”¹³³

2.3.4 Los Contenidos Multiculturales Inherentes de “la persona”

Aprovechando los aportes de Bringas sobre el reconocimiento de la dimensión colectiva de la propiedad indígena sedimentada en la jurisprudencia de La Corte, se presentará cómo esta realizó la reinterpretación de “la persona”. Como ya ha sido expresado anteriormente, tanto la Convención Americana como la Declaración Americana, se centran en las garantías de los

¹²⁸ Idem

¹²⁹ Idem

¹³⁰ Corte IDH, caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15 de junio de 2005.

¹³¹ Corte I.D.H., caso de la comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Paraguay, pár 151. In: Bringas, 2008 pg 172

¹³² Bringas, AM. 2008. *La Deconstrucción Del Concepto De Propiedad. Una Aproximación Intercultural A Los Derechos Territoriales Indígenas*

¹³³ Bringas, AM. 2008, pg. 163

derechos individuales. Sin embargo, La Corte, adoptando el principio de la identidad cultural, reinterpretó a “la persona” a partir de la relación entre ser humano/ comunidad/ naturaleza.

Para Estupiñán Silva e Ibañez Rivas la incorporación de la identidad cultural como principio jurídico contribuyó para formular las bases del examen de la efectividad de la “persona” para responder a las demandas de los pueblos indígenas. La Corte terminó por reinterpretar a la persona “como un concepto que no se agota en la noción de individuo” y que supera la sumatoria de los integrantes de una comunidad, consolidando así el reconocimiento de un sujeto colectivo de derechos¹³⁴.

De esta forma, la comunidad pasa a ser reconocida como sujeto de derechos de propiedad tradicional, de personalidad jurídica, de autodeterminación y de existencia, al igual que un sujeto individual. Esta interpretación quedó plasmada en la jurisprudencia de La Corte a través de los fallos que determinaron medidas de reparación destinadas a grupos, que fueron entendidos como víctimas indirectas de la violación de los derechos de uno de sus miembros. En la sentencia *Sarayaku vs Ecuador*¹³⁵ (2012), la más reciente que abarcó el tema, La Corte, sin desconsiderar los derechos individuales, señaló también que “el disfrute colectivo de derechos es inherente a la cosmovisión indígena”. En este sentido se puede inferir que, para el tribunal, al tratarse de las demandas indígenas, los derechos colectivos son tan relevantes cuanto los derechos individuales.

Esta interpretación generó intensos debates, mientras que de un lado se posicionaron aquellos que defendían la importancia del contenido cultural inherente a “la persona” para interpretar los derechos convencionales, por el otro se situaron aquellos que comprendían que dicha interpretación poseía fundamentación teórica inconsistente. Este último argumento refleja la dificultad de la tradición jurídica liberal en concebir una visión de sociedad que no se organice exclusivamente a partir de la relación entre individuo y Estado. Aquí, precisamente, la aproximación del Derecho Moderno de orientación liberal a la cosmovisión indígena produjo un conflicto cultural, en la medida en que la concepción de comunidad indígena, como bien reitera La Corte, trasciende la idea de sumatoria de individuos, centrándose en la interdependencia entre los componentes de la comunidad.

Silvina Ramírez destaca dos de las principales razones para que la categoría de derechos colectivos fuera rechazada: la primera es la ambigüedad teórica del concepto de derechos colectivos, lo que se verifica en su aplicación sobre cuestiones de órdenes muy diferentes, como a los derechos del trabajador, el derecho a un ambiente sano, los derechos de usuarios y a los

¹³⁴ Estupiñán Silva, R y Ibañez Rivas, JM. 2014 pg. 314

¹³⁵ Corte IDH, *Sarayaku VS Ecuador*, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012 párs. 231 In: Estupiñán Silva y Ibañez Rivas, 2014

derechos de los pueblos indígenas; y la segunda, se debe a “la concepción dicotómica” de estos derechos, que para algunos autores genera un conflicto con derechos individuales.¹³⁶

En referencia a esta segunda, en la misma dirección de la argumentación de Bringas, Ramírez afirma que el reconocimiento de los derechos colectivos es fundamental para tratar de las demandas indígenas:

“No existen, por una parte, razones que lleven a sostener que los derechos colectivos excluyen a, y se imponen sobre, los derechos individuales. Por el contrario, es perfectamente plausible sostener que ambas categorías de derechos son complementarios, y que los miembros de los pueblos indígenas gozan tanto de los derechos individuales en calidad de ciudadanos de un Estado, y de derechos colectivos como integrantes de un pueblo indígena. Los derechos colectivos como tales han alcanzado en la actualidad una suerte de “carta de ciudadanía” en el discurso jurídico, lo que no alienta el abandono de algo que finalmente ha resultado fructífero”.¹³⁷

2.3.5 Las Obligaciones Positivas de los Estados

La interpretación *pro homine multicultural* tuvo considerables impactos en las obligaciones positivas de los Estados nominadas en la Convención Americana. Este tema establece relación directa con todo lo presentado en el apartado anterior ya que, es el incumplimiento de las obligaciones del Estado, la que motiva a los pueblos indígenas a recurrir al sistema interamericano.

Es interesante observar que, como dicho anteriormente, las constituciones nacionales reconocen el carácter multicultural y plural de las naciones y contienen derechos que se despliegan de este reconocimiento. Sin embargo, las inconsistencias y violaciones en el ámbito interno llevaron las demandas indígenas a la instancia internacional en donde, a priori, no hay alusión a especificidades culturales. De esta manera, se puede decir que el incumplimiento en el ámbito interno conllevó al reconocimiento en el ámbito internacional, literalmente internacionalizando el debate sobre las garantías jurídicas que se despliegan de la identidad cultural y de territorialidad indígena.

Desde el primer fallo de La Corte en 1988¹³⁸, este tribunal aplicó la teoría de las obligaciones positivas de los Estados, basándose principalmente en los Artículos de la Convención Americana 1.1 (obligación de respetar y garantizar); 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno); 29 (principio *pro homine* o *pro persona*). Así, La Corte señaló que los Estados deben desempeñar un rol activo en la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar un derecho y para proteger los derechos de los individuos. Sin embargo, la

¹³⁶ Ramírez, S. 2016 pg. 16

¹³⁷ Idem, pg. 17

¹³⁸ Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988 In: Estupiñán Silva, R y Ibañez Rivas, JM, 2014

interpretación multicultural de estos artículos convencionales conllevó a obligaciones de “nuevos tipos”: la vida en su dimensión multicultural, la propiedad de los territorios comunales y la participación política de las comunidades¹³⁹.

En esta misma dirección, La Corte también estableció obligaciones positivas procesales, siendo estas: a) Las obligaciones jurídicas, como propiciar un marco jurídico que garantice la consulta y adaptación cultural de la protección judicial; b) Obligaciones administrativas, como el reconocimiento de personería jurídica y de títulos de propiedad; c) Obligaciones judiciales, como la adopción de sanciones y de garantías judiciales adaptadas culturalmente; d) Obligaciones de orden político, como pedidos de disculpas públicas y otras reparaciones no pecuniarias¹⁴⁰.

Estas obligaciones constan en las constituciones latinoamericanas, pero al consolidarse en la jurisprudencia de La Corte, los Estados pasan a ser presionados externamente para cumplirlas. En este sentido, se puede decir que la estrategia jurídica de los pueblos indígenas surtió resultados positivos en la medida en que actualmente, la presión para la garantía de sus derechos, se da “en doble mano”.

En lo que se refiere a *Los deberes del Estado en relación a la propiedad comunal indígena*, el análisis de Asier Bringas coincide con el de Estupiñán Silva e Ibañez Rivas quienes creen que el método intercultural que atiende al principio de la identidad cultural tuvo efectos directos en las obligaciones estatales previstas en la Convención Americana. Por su parte, Bringas plantea que, en la medida en que La Corte determine la obligatoriedad del Estado en materializar las medidas judiciales, administrativas e institucionales para garantizar el derecho a la propiedad indígena, su decisión judicial incidirá sobre la concepción tradicional de relación entre derechos-deberes. En sus propias palabras:

“El hecho de incidir expresamente en la especial responsabilidad del Estado, nos sitúa ante un nuevo plano de garantías para los derechos, trascendiendo una comprensión estrecha de las mismas que las reduce a garantías jurídicas, institucionales o legales”.¹⁴¹

Para el autor, la obligatoriedad del Estado en garantizar la propiedad comunal indígena, da lugar al planteamiento sobre *cómo* hacer efectivos los “nuevos derechos” que emergen del reconocimiento de la territorialidad indígena. Bringas afirma que el replanteamiento de la relación derechos-deberes, debe darse a partir de una “nueva consideración de las subjetividades-víctimas y de una “reformulación de los deberes públicos del Estado”, lo que conllevaría a la “revisión integral de las garantías del Derecho desde nuevos fundamentos

¹³⁹Estupiñán Silva, R y Ibañez Rivas, JM, 2014 pg. 313

¹⁴⁰ Idem, pg 309

¹⁴¹ Bringas, AM. 2008 pg 173

reformulados a partir de las consecuencias que se derivan de la revisión de las relaciones *derechos-deberes*”¹⁴².

Esta lectura tiene especial relevancia en el caso de los países latinoamericanos que ya asumieron su carácter multicultural o plural en sede constitucional pero, como se observa, frente a la sistemática violación del derecho al territorio de los pueblos indígenas, aún no lograron establecer mecanismos ni políticas integradas que sean consistentes para el pleno cumplimiento de sus obligaciones estatales. Raquel Yrigoyen Fajardo dialoga con el análisis de Bringas cuando afirma que los Estados, al asumir el carácter multicultural o plurinacional de la nación, asumen también un “reto de fondo”, su propia refundación, ya que, para atender sus principios constitucionales deberán garantizar los derechos de todos los grupos e individuos que constituyen la nación, replanteando sus deberes.

Otras decisiones judiciales muy relevantes en el contexto regional son aquellas que tratan del conflicto de los derechos indígenas con los derechos de terceros,¹⁴³ ya que además de atribuir al Estado la obligación de proteger a los pueblos indígenas de aquellos que amenazan sus derechos, también inciden sobre el grado de importancia de la propiedad comunal indígena y de la propiedad privada.

En referencia al primer aspecto, por ejemplo, en la sentencia *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012)¹⁴⁴, La Corte consolidó en su jurisprudencia la responsabilidad del Estado por las violaciones cometidas por particulares contra los pueblos indígenas, al detectar que el Estado falló en su obligación de protegerlos.¹⁴⁵ Esta sentencia es emblemática en un contexto regional en el cual la mayoría de los Estados, para no interrumpir la producción de los enclaves extractivos no solo son negligentes en relación a la violencia perpetrada por terceros, sino que además promueven la criminalización de los liderazgos indígenas y de los movimientos sociales que reivindican derechos territoriales. Esta situación, constantemente destacada como motivo de preocupación por para de la CIDH¹⁴⁶, también deja de ser una cuestión del ámbito interno y pasa a ser observada desde el derecho internacional.

Para Bringas, el hecho de que La Corte considere a la ausencia de protección como una violación de derechos por parte del Estado fue relevante en un contexto en el cual

¹⁴² Idem

¹⁴³ Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001, pár. 164; Corte IDH, *Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012 par.145, 167. In: Estupiñán Silva, R. y Ibañez Rivas, 2014

¹⁴⁴ Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 4 de septiembre de 2012, pár. 174. In: Estupiñán Silva, R. y Ibañez Rivas, 2014

¹⁴⁵ Corte IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay* sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010; Corte IDH, *Sarayaku VS Ecuador*, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012; Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007 In: Estupiñán Silva, R. y Ibañez Rivas, 2014

¹⁴⁶ CIDH, nota de prensa 15 de agosto de 2018 (en línea: ultimo acceso 16 de agosto de 2019)

frecuentemente son “los terceros” – las empresas transnacionales y los propietarios de tierras - aquellos que vulneran los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

Frente a este tipo de conflicto, La Corte remarcó repetidas veces el carácter fundamental de territorio y la importancia de la territorialidad indígena en la conformación, reproducción y desarrollo, tanto de la subjetividad indígena, como de la identidad del *pueblo*. A partir de esta constatación, el tribunal fundamentó la obligación del Estado en contemplar “una protección jurídica cualificada”¹⁴⁷ de los territorio indígenas.

Bringas destaca que “La primacía absoluta de la territorialidad en el *corpus* de los valores indígenas”, consolidada en la jurisprudencia de La Corte, significó el desplazamiento de otros bienes protegidos cuando estos entran en conflicto con la territorialidad indígena. A partir de la interpretación multicultural, la territorialidad indígena se diferencia y toma distancia de la relación entre “terceros” con sus propiedades (tierras).¹⁴⁸ De esta manera, La Corte sentó jurisprudencia en que el territorio indígena como bien fundamental no tiene el mismo grado de importancia que el derecho a la propiedad privada de terceros no indígenas. Eso quiere decir que La Corte permite el desplazamiento del derecho a la propiedad de terceros cuando éstos entran en conflicto con *derechos fundamentales indígenas*.

Estas determinaciones tienen un profundo impacto en las obligaciones del Estado, ya que se torna primordial que este establezcan procedimientos para la demarcación titulada de los territorios indígenas, con el objetivo de que, cuando surja un conflicto entre el derecho de propiedad de terceros y los derechos territoriales indígenas, sea eficiente la identificación del derecho vulnerado y del bien protegido.

Como se indicó en el inicio de este apartado, la interpretación *pro homine multicultural* propició el desarrollo de la identidad cultural como derecho. Esto está asociado a la obligatoriedad de los Estados de realizar la consulta libre previa e informada a los pueblos indígenas sobre cualquier tipo de alteración en sus territorios. Siendo así, La Corte determinó que la ausencia de consulta a los miembros de un pueblo afecta directamente el derecho a la identidad cultural y supone una falta de respeto a la identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, cosmovisión y modo de vivir.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Bringas, AM. 2008 pg. 174

¹⁴⁸ Corte IDH, Yakye Axa vs. Paraguay sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010 pár 65 y ss., y 146-149; Corte IDH, Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, pár 153 y 164 In: Estupiñán Silva, R y Ibañez Rivas, JM 2014

¹⁴⁹ Corte IDH, Yakye Axa vs. Paraguay sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de pár. 147; Corte IDH, Sarayaku VS Ecuador, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012 párs. 213, 217, 220. In: Estupiñán Silva, R y Ibañez Rivas, JM, 2014

La consulta libre previa e informada también se desarrolló como derecho en la jurisprudencia de La Corte debido, principalmente, a la influencia directa del Convenio OIT 169/89. En la jurisprudencia de La Corte este derecho deriva de la obligación del Estado de asegurar la participación efectiva de los miembros de un pueblo indígena en todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se dé en su territorio. En este sentido, el tribunal determinó que la consulta debe estar adaptada a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas afectados para que éstos decidan quién y cómo se hará su representación en el proceso.¹⁵⁰ Para La Corte¹⁵¹, la consulta debe tener como objetivo un acuerdo entre Estados y pueblos indígenas y debe ser previa y libre para garantizar una participación voluntaria e informada de los miembros de los pueblos indígenas, haciéndoles conocer plenamente los riesgos ambientales y de salubridad que corran en caso de que la concesión se materialice.

Por último, este apartado mostró que la irrupción de la territorialidad indígena en el sistema interamericano de derechos humanos hizo desarrollar contenidos multiculturales de los Derechos convencionales, consolidando el derecho al territorio como central para la garantía de los derechos humano de los pueblos indígenas. Teniendo en vista las características de las sociedades latinoamericana se puede decir que la emergencia de los pueblos indígenas en el sistema contribuyó considerablemente para este sea más eficaz en contemplar aquellos que están bajo su “jurisdicción”.

¹⁵⁰ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam Interpretación de la Sentencia, 12 de agosto de 2008, párs. 11, 18. par. 74-80.
In: Estupiñan Silva, R y Ibañez Rivas, JM, 2014

¹⁵¹ Idem pár. 133 párs. 129, 139, 143.

3. Consideraciones Finales

3.1 Neoextractivismo y derechos al territorio

A partir de la década del ochenta, se profundiza una contradicción: Por un lado, el derecho al territorio fue consolidado en diversas cartas constitucionales de los países latinoamericanos, y reconocidos por diversas normativas internacionales. Por otro lado, bajo la vigencia del neoliberalismo, se dieron una serie de reformas legislativas que facilitaron la implementación de los *enclaves* y la expansión de las fronteras productivas del extractivismo, promoviendo una violenta avanzada hacia los territorios indígenas.

Bajo la hegemonía del neoliberalismo, se contemplan contradicciones similares alrededor del mundo, ya que bajo este contexto se observa “cierta permeabilidad” de los Estados hacia los intereses del capital, lo que conlleva a la vulneración de derechos fundamentales y a reformas legislativas que facilitan la actuación de las empresas y disminuyen sus responsabilidades.

Anteriormente, nos referimos a la “productividad del extractivismo” y no las actividades extractivistas de manera genérica. La referencia a la productividad se justifica porque el extractivismo está arraigado de tal manera en la economía de una región, que insinuar su “simple” interrupción para alcanzar el pleno disfrute del derecho al territorio por parte de los pueblos indígenas, sería adoptar una postura simplista y superficial sobre la cuestión.

Esta afirmación no relativiza la importancia de dichos derechos, sino todo lo contrario: indica que la solución a esta contradicción reside, precisamente, en la prevalencia del derecho al territorio de los pueblos indígenas sobre los intereses de las empresas, aun en perjuicio de su producción y lucro. En consecuencia, la garantía de los derechos fundamentales no es simplemente una obligación moral, sino que remite a la definición del propio Estado Constitucional de Derecho.

3.2 Estado plural y derechos al territorio

El análisis de la consolidación del derecho al territorio retoma otro importante aspecto de la institucionalidad de los Estados latinoamericanos actuales, en la medida en que la garantía y efectivización de estos derechos y la implementación de fórmulas de pluralismo jurídico, se circunscriban al proceso de institucionalización del “nuevo” Estado pluralista.

Al asumir el carácter plural de la nación, muchos Estados latinoamericanos ingresaron en un profundo proceso de revisión de sus propios principios fundadores. El reconocimiento de

la diversidad propulsó la reflexión sobre la identidad mono cultural de las naciones y abrió fracturas en el tradicional monismo jurídico. Teniendo en vista las matrices sociológicas de los Estados latinoamericano, este proceso es sumamente necesario para dar cabida a las diferencias culturales de los individuos y grupos. Sin embargo, para que este proceso resulte en una institucionalidad capaz de ofrecer el pleno respeto de las diferencias culturales, es necesario que los Estados realicen esfuerzos para enfrentar la cultura jurídica monista que prevaleció por siglos, y además, que promuevan la diversidad como fundamento de la identidad cultural de la comunidad nacional.

En lo que se refiere a los pueblos indígenas, para que los Estados les confieran el lugar – político, cultural y territorial – que les corresponde en la nación, es imprescindible que se hagan efectivos sus derechos territoriales y que se implementen fórmulas de pluralismo jurídico para que puedan vivir y gestionar el territorio en concordancia con su derecho consuetudinario. Cabe destacar que el propio Convenio 169/89, al reconocer la importancia del pluralismo jurídico para que los pueblos indígenas puedan vivir y desarrollarse bajo sus principios cosmovisionales, recalca que la jurisdicción indígena no es absoluta y que debe ser compatible con los derechos fundamentales de las personas presentes en las constituciones y en las normativas internacionales.

Es importante recordar esto en el contexto actual, en donde los Estados, visando el ejercicio de las actividades extractivistas, incumplen sus compromisos de consulta libre e informada y se resisten a implementar formulas de pluralismo jurídico, alegando que ambas inciden sobre el poder soberano de decisión del Estado y que fragmentan la integridad del territorio nacional. Bajo este tipo de postura, identificada incluso en gobiernos progresistas de la región, se revela el grado de arraigo al monismo jurídico y la dificultad que presenta el replanteamiento de la identidad nacional. El argumento que trae a luz la fragmentación del territorio, puede ser coherentemente rebatido mediante la consideración de que, en realidad, los propios enclaves extractivistas incentivados por el Estado fragmentan el territorio nacional, en la medida en que dentro de él se violan derechos fundamentales y legislaciones ambientales, provocando el debilitamiento del poder jurisdiccional de los Estados.

3.3 Derechos al territorio: intersección legislación ambiental y derechos fundamentales

El análisis de la consolidación del derecho al territorio, permite afirmar que estos derechos promueven la intersección entre cultura y medio ambiente en la medida en que se conciben a partir de la *territorialidad indígena*. De esta manera, se puede asentar que la protección jurídica eficaz de los territorios indígenas debe promover la integración entre mecanismos de protección de los derechos de los pueblos indígenas con mecanismos de

protección ambiental. De esta manera, se podría conformar un entramado normativo que permitiría el pleno cumplimiento de las obligaciones del Estado, reforzando su impermeabilidad a la “animosidad política” y a los intereses de los emprendimientos extractivos.

Esta proposición merecería una investigación aparte que retomase con profundidad el debate de la indivisibilidad de los derechos fundamentales y que revisase las categorías de derechos. Por lo tanto, no es una propuesta irrelevante ya que la propia construcción del derecho al territorio se da a partir del reconocimiento de los vínculos sagrados y de los usos tradicionales de los recursos naturales. De esta manera, la protección jurídica del territorio, significa a la vez, la protección de la diversidad cultural y de los recursos naturales.

La evidencia de una intersección entre medio ambiente y cultura quizás sea uno de los aspectos más destacables de la consolidación del derecho al territorio. Dicha intersección es exaltada por muchos autores¹⁵² que analizan el derecho al territorio desde una perspectiva ambientalista. Estos autores defienden que la efectivización de los derechos territoriales es especialmente relevante para responder a la crisis ambiental y para desarrollar estrategias de superación del modelo de acumulación extractivista. De esta manera, suponen que al proteger a los territorios indígenas, se protege a la vez al medio ambiente y a la cultura, creando enclaves de protección ambiental y de diferencia cultural. Este análisis, no parece equivocado al establecer la convergencia entre objetivos de protección del medio ambiente y de respecto a la diversidad cultural.

No obstante, dichas propuestas atribuyen a los pueblos indígenas el rol de “guardianes de la naturaleza”, lo que revela una fuerte presencia del culturalismo en la comprensión de la diferencia cultural indígena. Frente al encierro auto referenciado de la cosmovisión occidental que divorcia al ser humano de la naturaleza, a quien contempla solo como un recurso, la caricatura de los guardianes parece proyectar sobretudo, necesidades de las sociedades occidentales. Además, la atribución de la responsabilidad ambiental a los pueblos indígenas distorsiona otro pilar fundamental del derecho al territorio: el control de los pueblos sobre sus territorios y la autonomía para determinar su desarrollo y su futuro como *pueblos*.

Al aproximarse a las cosmovisiones indígenas, es perceptible cómo tienden a cuidar y preservar sus vínculos con la naturaleza y que, difícilmente, emprenderían actividades que la agrediesen. No obstante, lo que se quiere destacar aquí es que el derecho al territorio guarda legitimidad porque garantizan la supervivencia material y simbólica de los pueblos indígenas y no por su “utilidad” en la preservación del medio ambiente. Tarea que debería ser asumida por

¹⁵² Álvarez, Y. 2017

toda las sociedades, promoviendo la revisión de prácticas culturales y principios cosmovisionales que resulten agresivos para el equilibrio de las relaciones ecológicas.

3.4 Derechos fundamentales, cultura y medioambiente

La intersección entre la cultura y el medio ambiente revelada por el derecho al territorio, puede contribuir para el debate jurídico sobre las posibles interfases entre legislaciones ambientales y derechos fundamentales. En este sentido, puede ser relevante “el giro biocéntrico” que se dio en los procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia. No es la intención hacer una defensa sobre los contenidos de las constituciones de estos países, sobre todo teniendo en cuenta que, por ahora, tampoco lograron superar la contradicción entre las actividades extractivistas y el pleno respecto a las características culturales de los pueblos indígenas. Sin embargo, es interesante observar que, en la medida en que estos procesos constituyentes incorporaron las cosmovisiones indígenas, consiguieron consolidar categorías jurídicas híbridas y atribuyeron derechos a la Naturaleza, haciendo que el Estado se base en los valores de aquellos que lo habitan.

Uno de los principales puntos a observar en la construcción jurídica de los derechos fundamentales y de los derechos de la Naturaleza en los países nombrados anteriormente, es cómo la amplia participación de los pueblos indígenas en dichos procesos constituyentes, reveló la prevalencia de la cosmovisión occidental en el Derecho Clásico y en la institucionalidad de los Estados. Esta es una reflexión de suma importancia en el contexto latinoamericano pero igualmente relevante para la universalización de los derechos humanos.

3.5 Derechos territoriales en el sistema interamericano de los derechos humanos

En la medida en que los pueblos indígenas denunciaron el incumplimiento de las obligaciones del Estado a la CIDH y que está trasladó dichas demandas a La Corte, la territorialidad indígena irrumpió en el sistema interamericano de derechos humanos. Hecho que se verifica en la consolidación del derecho al territorio en la jurisprudencia del tribunal como eje central para la garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Conforme con los contenidos presentados en el segundo apartado de este trabajo, el juez interamericano aplicó un *método dinámico multicultural* que incorporó la territorialidad indígena a la interpretación de los derechos previstos en la Convención Americana. De esta manera, se pusieron en evidencia *los contenidos multiculturales inherentes* de los derechos convencionales tornándolos más efectivos y atribuyéndoles nuevas obligaciones a los Estados.

Se puede afirmar que la construcción de los contenidos multiculturales trajo buenos resultados para la efectivización del derecho al territorio, principalmente en lo que se refiere a

las obligaciones de los Estados. El desarrollo de este método consistió en una importante contribución de la Corte para el sistema internacional de derechos humanos, en la medida en que logró avanzar consistentemente en la universalización de los derechos convencionales.

De hecho, desde una postura más optimista es posible aseverar que la aproximación de los derechos convencionales con la territorialidad indígena dio paso a la abertura del sistema interamericano hacia el acogimiento de la diversidad cultural, logrando imprimir en la jurisprudencia de la Corte la marca de las características plurales de las naciones que están bajo su jurisdicción.

Anexo 1

Resultados de la Aplicación del Método de Interpretación Dinámico Orientado a la Multiculturalidad en la Jurisprudencia de La Corte.

Tabla 1: Derechos Expresamente Reconocidos en la Convención Americana ¹⁵³		
El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica	Artículo 3	Se refiere derecho de los miembros de pueblos indígenas a acceder a los documentos de identidad, siendo estos elementos fundamentales “para la imputación de derechos civiles”. En cuanto a los pueblos como tal, la Corte IDH ha señalado la importancia de <i>otorgarles la personalidad jurídica a nivel interno para hacer efectivos los derechos que estos ya poseen y que vienen ejerciendo históricamente como comunidad</i> . ¹⁵⁴
El derecho a la vida	Artículo 4	El concepto de “vida digna” es aplicado considerando que los miembros de pueblos indígenas y tribales son “personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria” ¹⁵⁵ . Así, se estableció una vida digna para los pueblos indígenas exige el pleno disfrute de los derechos a la salud, a la alimentación, al agua limpia, vivienda, servicios sanitarios y a todo que determine “las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural” ¹⁵⁶ . Además, <i>exige el reconocimiento de relación de de los pueblos indígenas con sus tierras, bien como, el disfrute de sus recursos naturales</i> . En este sentido, la Corte IDH señaló que <i>el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal genera una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida y la integridad de los miembros de la comunidad</i> ¹⁵⁷ .
El derecho a la integridad personal	Artículo 5	Destaca la necesidad de traductores para tomar las declaraciones de una persona víctima de violación sexual, considerando que “las agresiones sexuales son un tipo de delito que no suele denunciar” (...) debido a las especificidades culturales y sociales que debe enfrentar ¹⁵⁸ . <i>La Corte también hizo referencia al impacto en la cultura y en las condiciones de vida en los miembros de los pueblos indígenas y el desarraigo o la falta de restitución de sus tierras tradicionales</i> ¹⁵⁹ .

¹⁵³ Estupiñán Silva, R y Ibañez Rivas, JM 2014 pg. 317-324

¹⁵⁴ Corte IDH, Sawhoyamaya, párs. 186-194; Corte IDH, Xákmok Kásek, pár. 251; Corte IDH, Saramaka, pár. 171.

¹⁵⁵ Corte IDH, Yakye Axa, pár. 162.

¹⁵⁶ Corte IDH, Yakye Axa, pár. 167.

¹⁵⁷ Corte IDH, Sawhoyamaya, pár. 155; Corte IDH, Sarayaku, párs. 248- 249. 51 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010, párs. 184-198; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010, pár. 95, y Corte IDH, Masacres de Río Negro, párs. 131-135. Corte IDH, Moiwana, pár. 97; Corte IDH, Xákmok Kásek, pár. 244, y Masacres de Río Negro, pár. 164.

¹⁵⁸ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010, párs. 184-198; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010, pár. 95; Corte IDH, Masacres de Río Negro, párs. 131-135.

¹⁵⁹ Corte IDH, Moiwana pár. 100; Corte IDH, Masacres de Río Negro, párs. 155 y 157.

La libertad de conciencia y de religión	Artículo12	Combinado a la lectura del Artículo 5, este derecho fue interpretado a partir del el reconocimiento del derecho a enterrar los muertos y celebrar los ritos funerales de acuerdo a las creencias religiosas del pueblo indígena o tribal ¹⁶⁰
La libertad de pensamiento y expresión	Artículo13	Este derecho se desarrolla a partir de la comprensión de que cualquier restricción sobre el uso de la lengua afecta tanto la dignidad personal de un individuo como miembro del pueblo al que pertenece. La Corte reconoció que la lengua es “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura” ¹⁶¹ .
El derecho a la familia	Artículo17	Resalta el significado de la convivencia familiar para los pueblos indígenas, que se refiere a las distintas generaciones y a la propia comunidad ¹⁶² .
Los derechos de los niños	Artículo19	Destaca la obligación del Estado en garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas ¹⁶³ . La Corte señaló que “los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma” ¹⁶⁴
El derecho a las garantías judiciales ¹⁶⁵	Artículo8	Destaca la obligación de Estado en garantizar que los miembros de Pueblos indígenas “puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin” y que no enfrenten obstáculos para acceder a “los centros de administración de justicia encargados de la investigación” ¹⁶⁶ .
El derecho de circulación y de residencia	Artículo22	Enfatiza la importancia de que el Estado brinde las condiciones y los medios para que los miembros de un pueblo desplazado pueda “regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales”, así como la obligación de adoptar medidas que mitiguen los efectos del desplazamiento. El Tribunal consideró que el desplazamiento forzado provoca una ruptura con su identidad cultural, afectando el vínculo con los familiares, el idioma y el pasado ancestral, dejando a las comunidades en una situación especialmente vulnerable y generando profundo

¹⁶⁰ Corte IDH, Moiwana, pár. 100; Corte IDH, Masacres de Río Negro, párs. 155 y 157.

¹⁶¹ Corte IDH, Caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006, párs. 164, 166-169, 170-174.

¹⁶² Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25 de mayo de 2010, pár. 159

¹⁶³ Corte IDH, Xákmok Kásek, párs. 261-263, y Corte IDH, Masacres de Río Negro, pár. 143

¹⁶⁴ Corte IDH, Chitay Nech y otros, pár. 169, y Corte IDH, Masacres de Río Negro, pár. 144.

¹⁶⁵ En casos que involucran a pueblos indígenas y tribales la Corte también se ha referido al derecho a ser asistido por un defensor, sin embargo no ha precisado ninguna especificidad en cuanto al alcance de dicho derecho cuando se trata de miembros de dichos pueblos. Cfr. Corte IDH, Yakye Axa, párs. 117 y 119.

¹⁶⁶ Corte IDH, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2008, pár. 100.

		<i>impactos en el tejido étnico y cultural, conllevando incluso al riesgo de extinción, física o cultural</i> ¹⁶⁷ .
Los derechos políticos y la igualdad ante la ley	Artículo23 y Artículo24	En la jurisprudencia se desarrolló principalmente el derecho a la participación política en procesos electorales. La Corte señaló que los miembros de pueblos indígenas deben poder integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos. De esta manera, no se puede exigir su participación política a través de partidos políticos, ya que se trata de una forma de organización no es propia de su cultura. Ello supone que participen “desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización” ¹⁶⁸ . Al detectar que una comunidad indígena fue privada de la representación de uno de sus líderes, La Corte señaló la responsabilidad del Estado por violación a los derechos políticos. ¹⁶⁹
El derecho a la propiedad	Artículo21	Se consolidó el reconocimiento del derecho comunal sobre las tierras o territorios ancestrales o tradicionales de dichos pueblos ¹⁷⁰ . Este derecho abarca los recursos naturales ligados a la cultura de los pueblos indígenas, “así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos” ¹⁷¹ . De acuerdo con la Corte IDH, la propiedad indígena sobre los territorios no se sostiene solamente en el “reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos”. De esta manera, los derechos territoriales de los pueblos Indígenas “existen sin un título formal de propiedad” ¹⁷² . Sin embargo, en lo que se refiere a la acreditación del dominio sobre la tierra, el Tribunal tomó como – referencia el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas ¹⁷³ , haciendo derivar la obligación de Estado en reconocer el derecho sobre las tierras; adoptar medidas para su registro, y garantizar su disfrute efectivo mediante la delimitación, demarcación y titulación. De esta manera la garantía de este derecho no se limita al , “reconocimiento meramente abstracto o jurídico” ¹⁷⁴ de los territorios. Siendo así, la Corte puede exigir el pago de indemnización para los perjudicados o el reasentamiento de los miembros de los pueblos indígenas en tierras alternativas ¹⁷⁵ . Este proceso debe contar con el consenso de manera a respetarse los valores, usos y el derecho consuetudinario ¹⁷⁶ .

(Fuente: Estupiñán Silva. R y Ibañez Rivas, JM. 2016)

¹⁶⁷ Corte IDH, Chitay Nech y otros, párs. 145-147, y Corte IDH, Masacres de Río Negro, pár. 177.

¹⁶⁸ Corte IDH, Yatama, párs. 194-195, 201-202, 218-219, 220, 223-226.

¹⁶⁹ Corte IDH, Chitay Nech y otros, pár. 108.

¹⁷⁰ 58 Cfr. Corte IDH, Mayagna- Awas Tingni, párs. 148-149; Corte IDH, Yakye Axa, párs. 131, 135, 136, 137,143; Corte IDH, Sarayaku, pár. 217; Corte IDH, Masacres de Río Negro, pár. 160.

¹⁷¹ 59 Corte IDH, Yakye Axa, pár. 137; Corte IDH, Sawhoyamaya, pár. 118; Corte IDH, Saramaka, pár. 122.

¹⁷² 60 Corte IDH, Mayagna-Awas Tingni, pár. 151; Corte IDH, Moiwana, pár., 133; Corte IDH, Sawhoyamaya, pár. 128; Corte IDH, Saramaka, pár. 96.

¹⁷³ 61 Corte IDH, Mayagna- Awas Tingni, pár. 151.

¹⁷⁴ 62 Corte IDH, Mayagna- Awas Tingni, pár. 153; Corte IDH, Yakye Axa, pár. 143; Corte IDH, Sawhoyamaya, pár. 128; Corte IDH, Saramaka, párs. 115, 194; Corte IDH, Xákmok Kásek, párs. 93-107.

¹⁷⁵ 64 Corte IDH, Yakye Axa, párs. 144-149, 217; Corte IDH, Sawhoyamaya, párs. 135,136-140, 212; Corte IDH, Xákmok Kásek, pár. 146. 65 Corte IDH, Yakye Axa, pár. 151; Corte IDH, Xákmok Kásek, párs. 117-121, 286.

¹⁷⁶ 65 Corte IDH, Yakye Axa, pár. 151; Corte IDH, Xákmok Kásek, párs. 117-121, 286.

Tabla 2: Los Derechos NO previstos expresamente en la Convención Americana

El derecho a la consulta libre previa e informada	Artículos 1.1, 2 y 21 CADH	Este derecho se deriva de la obligación del Estado en asegurar la participación efectiva de los miembros de un pueblo indígena en todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se dé en su territorio. La Corte IDH determinó que la consulta debe estar de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo para que, éste decida quién lo representa en dicho proceso ¹⁷⁷ . La consulta debe tener como objetivo llegar a un acuerdo ¹⁷⁸ y debe ser previa y libre para garantizar una participación voluntaria, e informada de los miembros de los pueblos indígenas, haciéndoles conocer plenamente los riesgos ambientales y de salubridad que corren caso la concesión se materialice ¹⁷⁹ .
El derecho a la identidad cultural	Artículos 1.1, 21, 29.b. CADH	Se definió como “ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos” ¹⁸⁰ de los pueblos indígenas. En ese sentido, para la Corte IDH, constituye un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. En este sentido, la ausencia de consulta a los miembros de una pueblo afecta directamente a este derecho ya que supone una falta grave al respeto a la identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, cosmovisión y modo de vivir ¹⁸¹ .

(Fuente: Estupiñan Silva. R y Ibañez Rivas, JM. 2016)

¹⁷⁷ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam Interpretación de la Sentencia, 12 de agosto de 2008, párs. 11, 18.

¹⁷⁸ Idem pár. 133 párs. 129, 139, 143.

¹⁷⁹ Idem

¹⁸⁰ Corte IDH, Sarayaku, párs. 213

¹⁸¹ Corte IDH, Yakye Axa, pár. 147; Corte IDH, Sarayaku, párs. 213, 217, 220.

Bibliografía

- Acosta, A. (2016). *O Bem Viver – oportunidade para imaginar outros mundos*. (T. Breda, Trad.) São Paulo: Editora Efevante/Autonomia Literária.
- Aylwin, J. 2. (2014). Los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y sobre la tierra y el territorio en América Latina y el Convenio 169 de la OIT. En J. Aylwin, & L. Tamburini (Edits.), *Convenio 169 de la OIT: Los desafíos de su implementación en América Latina a 25* (págs. 41-61). Copenhague: IWGIA.
- Alvarez, Y. (18 de octubre de 2017). Derechos territoriales indígenas, pluralismo jurídico y alternativas al desarrollo: notas sobre una relación indisoluble. *Deusto Journal of Humans Rights*, 95-120. Último acceso 31 de agosto de 2019 <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-2-2017pp95-120>
- Bringas, A. M. (2008). La Desconstrucción del Concepto de Propiedad. Una Aproximación Intercultural a los Derechos Territoriales Indígenas. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* (42), 153-175. Último acceso 31 de agosto de 2019 <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/847>
- Campillo, A. (2015). Tierra de nadie, filosofía y sociedad global. *Actas I Congreso internacional de la Red española de Filosofía, Vol. I*, págs. 21-48. Último acceso 31 de agosto de 2019 http://redfilosofia.es/congreso/wpcontent/uploads/sites/4/2015/06/3.CAMPILLO.CONF_INAUGURAL.pdf
- Canclini, N. G. (2001). *Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. Barcelona: Paidós Iberica.
- Carvalho, S. &. (3 de mayo de 2014). *Experiencias de litigio estratégico en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Obtenido de SUR 20: <https://sur.conectas.org/experiencias-de-litigio-estrategico-no-sistema-interamericano-de-protecao-dos-direitos-humanos/>
- CIDH. (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado el 30 de agosto de 2019, de CIDH: http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.I-II.htm#_ftn11
- CIDH. (8 de noviembre de 2013). *Comunicado de prensa CIDH 149 perío de secciones*. Recuperado el 31 de agosto de 2019, de www.oas.org: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/083A.asp>.

- CIDH. (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afro descendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Organización de los Estados Americanos.
- Clavero, B. (01 de 10 de 2010). *Terra Nullius y Propiedad Indígena*. Recuperado el 12 de mayo de 2019, de Agencia Latinoamericana de Información : <https://www.alainet.org/es/active/41284>
- Daes, É.-I. A. (1997). *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones. Nueva York: Naciones Unidas. Último acceso 31 de agosto de 2019 https://digitallibrary.un.org/files/E_CN.4_Sub.2_1997_17-ES.pdf
- De la Cadena, M. (enero de 2009). Política indígena: un análisis más allá de la política. *Red de Antropologías del Mundo (RAM)*, n°4, 139-172.
- Dilger, G., Lang, M., & Pereira Filho, J. (2016). *Descolonizar o Imaginário: Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento* (1º Edición ed.). (I. Ojeda, Trad.) São Paulo, Brasil: Autonomia Literaria/Elefante/Fundação Rosa Luxemburgo .
- Escobar, A. (2015). *Sentipensar con la Tierra: Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*. San Cristóbal de las Casas: Ediciones Cideci-Unitierra Chiapas.
- Estados Unidos Mexicanos. (5 de febrero de 1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Queretáro, Estados Unidos Mexicanos: Diario Oficial de la Federación.
- Estupiñan Silva, R. &. (2014). La Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos en Matéria de Pueblos Indígenas y Tribales. En J. F. Beltrão, J. C. Brito Filho, I. Gómez, E. Pajares, F. Paredes, & Y. Zúñiga, *Manual de Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables* (págs. 301-336). Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Lang, M. (2015). Alternativas ao Desenvolvimento. En G. Dilger, M. Lang, & J. P. Filho, *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós extrativismo e alternativas ao desenvolvimento* (I. Ojeda, Trad., 1ª Edição ed., págs. 24-46). Brasil: Autonomia Literaria/ Elefante/Fundação Rosa Luxemburgo .
- MacKay, F. (2002). *Una Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Organización Internacional del Trabajo*. Forest for People, Programa para los Pueblos de los Bosques , Reino Unido . Último acceso 31 de agosto de 2019 <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/09/iloguidejul02sp.pdf>

- Mariategui, J. C. (1986). El Hecho Económico en la Historia Peruana. En J. C. Mariategui, *Peruanicemos al Perú*. Lima: Biblioteca Amauta.
- Murúa, F. (2016). Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos territoriales de los pueblos indígenas. Estudio de impacto de sentencias. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP, Año 13 n° 46*, pg 261-274. Último acceso 3 de septiembre de 2019 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6526745>
- Naciones Unidas. (13 de diciembre de 2007). *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Obtenido de un.org: <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>
- Naciones Unidas. (14 de junio de 1992). *Departamento de Asuntos Económicos de las Naciones Unidas*. Recuperado el 13 de agosto de 2019, de Naciones Unidas: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/index.htm>
- Organización Internacional del Trabajo. (02 de junio de 1959). *Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales N°107*. Recuperado el 31 de agosto de 2019, de www.ilo.org: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107
- Organización internacional del Trabajo. (27 de junio de 1989). *Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales N°169*. Recuperado el 3 de junio de 2019, de www.ilo.org: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169
- Organización de los Estados Americanos (14 de junio de 2016). *Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Recuperado el 22 de agosto de 2019, de Organización de los Estados Americanos: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (30 de abril de 1948). *Carta de la OEA*. Recuperado el 24 de agosto de 2019, de OEA: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp
- Organización de los Estados Americanos. (1948). *Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre*. Obtenido de OEA: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

- Peter, S. G. (2016). La internacionalización del multiculturalismo liberal como estructura de posibilidad para su circulación en América Latina. *Revista de Estudios Sociales*, 57, 12-24.
- Porto-Golçalves. (2002). Da geografia às geografias. Um mundo em busca de novas territorialidades. En A. Ceceña, & E. Sader, *La guerra infinita: hegemonia y terror mundial* (págs. 217-256). Buenos Aires: CLACSO.
- Santos, B. d. (Junho de 1997). Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. *Revista Crítica de Ciencias Sociais*, nº48, 11-30.
- Santos, M. (2005 de junio de Ano 6). O retorno do territorio. *OSAL: Observatório Social de América Latina*, págs. 251-260.
- Segato, R. (2007). Identidades Políticas/ Alteridades Históricas: una crítica a las certezas del pluralismo global. En R. Segato, *La nación y sus Otros* (pág. 350). Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Prometeo.
- Segato, R. (2018). *Contra-Pedagogías de la Crueldad*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo.
- Svampa, M. (2016). Extrativismo neodesenvolvimentista e movimentos sociais. En G. Dilger, M. Lang, & J. Pereira Filho, *Descolonizar o Imaginário: Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento* (I. Ojeda, Trad., págs. 140-174). São Paulo, Brasil: Autonomia Literária/ Elefante/ Fundação Rosa Luxemburgo.
- Walsh, C. (2005). Qué es la interculturalidad y cuál es su significado e importancia en el proceso educativo? En D. N. Intercultural, *La Interculturalidad en la educación* (págs. 4-7). Lima, Perú: Ministerio de Educación.
- Yrigoyen Fajardo, R. Z. (2012). Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. En H. Ahrens, *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro en homenaje a Horst Schönbohm* (págs. 171-195). D.F, Mexico: Fundación Konrad Adenauer.
- Yrigoyen Fajardo, R. Z. (2016). ¿Cuáles son los ciclos históricos de invasión? (I. I. (IIDS/IILS), Ed.) *Alertanet*, 25-44.
- Zibechi, R. (2016). *Latiendo Resistencia : nuevos mundos y guerras de despojo*. BALADRE/ Zambra Iniciativas Sociales.

Jurisprudencia Corte IDH

Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala , Sentencia de Fondo (Corte IDH 25 de noviembre de 2000). Último acceso 24 de junio de 2019
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf

Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Excepciones preliminares,Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 66 (Corte IDH 31 de agosto de 2001). Último acceso 3 de septiembre de 2019
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH 4 de septiembre de 2012).Último acceso 08 de agosto de 2019
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf

Caso Yatama Vs. Nicaragua., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 127. (Corte IDH 23 de junio de 2005). Último acceso 04 de junio de 2019
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas (Corte IDH 29 de marzo de 2006). Ultimo acceso 02 de septiembre de 2019
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de fondo, reparaciones y costas (Corte IDH 24 de agosto de 2010). Último acceso 02 de septiembre de 2019
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, (Corte IDH 28 de noviembre de 2007). Último acceso 02 de septiembre de 2019 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Caso Sarayaku VS Ecuador, Sentencia de fondo y reparaciones (Corte IDH 27 de junio de 2012). Último acceso 02 de septiembre de 2019
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Caso Yakye Axá vs.Paraguay, Serie C No. 125 Serie C No.142 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2005 de Junio de 2005). Último acceso 02 de septiembre de 2019
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf